Accesso agli atti: cenni alla normativa e peculiarità della disciplina in materia di contratti pubblici

tratto da sentenzeappalti.it - a cura della Redazione

Sommario: 1. Premessa: cenni alla normativa – 2. L'accesso agli atti "difensivo": bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto di difesa con particolare riferimento al concorrente secondo classificato – 3. L'accesso agli atti: modalità – 4. L'applicabilità dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti pubblici

In un panorama legislativo caratterizzato da una pluralità di discipline in materia di accesso agli atti, il contributo intende fornire alcune indicazioni sulla normativa applicabile e sulle peculiarità principali dell'accesso agli atti nell'ambito dei contratti pubblici.

1. Premessa: cenni alla normativa

L'accesso agli atti rappresenta l'istituto mediante il quale si garantisce ai soggetti interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti nell'ambito di un procedimento.

La primigenia disciplina è contenuta all'interno degli articoli 22 e ss. della **legge 7 agosto 1990, n. 241** la quale si occupa del diritto di accesso cosiddetto "**documentale**" ossia quello che rileva nell'ambito del processo amministrativo e che presuppone che l'istante sia titolare di una posizione differenziata e qualificata all'ostensione del documento. In particolare, in forza di detta disciplina, è legittimato a richiedere l'accesso ai documenti amministrativi unicamente il soggetto portatore di una situazione di interesse "diretto, concreto ed attuale" corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata ai documenti ai quali è chiesto l'accesso**.** La normativa postula dunque una necessaria e motivata "strumentalità" del documento richiesto alla tutela di una posizione giuridica soggettiva dell'istante ed ovviamente la sua inerenza con il procedimento amministrativo.

Diversa è invece la disciplina contenuta all'art. 5 del **d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33** relativamente al cosiddetto accesso "**civico**", che esula da quella strumentalità necessitata dall'accesso documentale per estendere l'accessibilità a tutti gli atti amministrativi che sottendano un interesse pubblico alla loro ostensione. Si tratta di uno strumento che ha il chiaro fine di tutelare, massimizzare e valorizzare il principio della trasparenza dell'*agere* amministrativo, sull'assunto che la possibilità di visionare gli atti amministrativi garantisce un controllo diffuso dei consociati sull'attività amministrativa stessa, con ciò favorendo ed incentivando la correttezza e la legittimità dell'operato della Pubblica Amministrazione. Nell'alveo dell'accesso civico, si differenziano l'accesso civico "**semplice**" e quello "**generalizzato**" o "universale". In termini meramente definitori, e senza pretesa di esaustività sul tema, la prima categoria d'accesso ha ad oggetto i documenti che l'Amministrazione ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale, mentre la seconda prescinde da tale obbligo.

Esistono poi diverse discipline di settore in tema di accesso agli atti, modulate in relazione agli ambiti di operatività, tra le quali è possibile annoverare, per quanto rileva ai fini del presente contributo, quella di cui all'**art. 53 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50** che introduce un regime derogatorio e speciale caratterizzante l'accesso agli atti nell'ambito delle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici.

2. L'accesso agli atti "difensivo": bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto di difesa con particolare riferimento al concorrente secondo classificato

Nell'ambito delle procedure di gara il diritto di accesso agli atti viene esercitato principalmente del concorrente che non ha conseguito l'aggiudicazione (istante) al fine di vagliare eventuali profili di illegittimità nell'operato della Stazione Appaltante rispetto alla valutazione dell'offerta del concorrente aggiudicatario (controinteressato) da fare valere, se del caso, dinnanzi all'Autorità Giudiziaria.

È evidente che la richiesta di accesso del concorrente istante implica l'ostensione non solo di tutti gli atti amministrativi adottati nello svolgimento della procedura (verbali di sedute, provvedimenti di esclusione ed altri) ma anche dell'offerta dell'aggiudicatario, la quale rappresenta il fulcro stesso dell'istanza.

Orbene, generalmente l'offerta dei concorrenti in una gara ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 è composta dalla documentazione amministrativa, dall'offerta tecnica (in caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e dall'offerta economica, in grado di disvelare potenzialmente taluni segreti tecnici o commerciali connessi all'impiego di particolari tecnologie e conoscenze specifiche del singolo operatore economico.

In considerazione della specificità del settore di riferimento, la normativa speciale introduce quale causa di esclusione dell'accesso proprio le suddette informazioni a contenuto tecnico o commerciale. Infatti, l'art. 53 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce: *«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»*.

Sennonché tale precisazione sconta la necessità di essere compendiata con il diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela giurisdizionale ed al diritto alla difesa da parte degli altri concorrenti e, in questo senso, il comma 6 del medesimo articolo 53 citato stabilisce: *«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.»* Trattasi di un precipitato di quanto già affermato all'interno dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241/1990, ai sensi del quale *«Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.».*

Occorre, dunque, rilevare che, con riferimento al bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, è lo stesso Legislatore che prevede *«l'esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Ciò, nel caso generale in cui l'accesso sia richiesto, come è ben possibile ai sensi della disciplina generale dettata in materia, per interessi non "difensivi". Viceversa, qualora il richiedente vanti un interesse "difensivo", il successivo comma 6 del medesimo art. 53 – il quale trova, evidentemente, il suo fondamento nel diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost. – precisa che "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"»* (TAR Roma, 11.08.2021 n. 9363).

Sul punto, va tuttavia evidenziato che qualora sia l'operatore economico **secondo classificato** a proporre istanza di accesso, la specificazione dell'interesse a sostegno della richiesta risulterebbe del tutto pleonastica «*poiché non v'è Stazione Appaltante che non sappia che essa è fatta per verificare la legittimità degli atti della procedura a tutela dell'interesse ad ottenere l'affidamento dell'appalto mediante annullamento, eventualmente anche in sede giurisdizionale, del provvedimento di aggiudicazione, e, dunque, in questa ottica, per finalità difensive. Avvertita di ciò, la stazione appaltante è nondimeno consapevole che l'interesse del richiedente può essere soddisfatto solo mettendogli a disposizione tutti gli atti di gara, e tra questi, specialmente, gli atti che più condizionano l'aggiudicazione, vale a dire le offerte e, per venire all'oggetto del presente giudizio, le giustificazioni rese in sede di anomalia (unici atti, del resto, espressamente nominati dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 12 del 2020 nella trattazione dedicata all'istanza di accesso di gara).»* (Consiglio di Stato, sez. V, 25.10.2021 n. 7141).

Ulteriormente, è stato osservato che «*la collocazione al secondo posto in graduatoria di un operatore attribuisce allo stesso una posizione particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara" (arg. ex T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2017, n. 679)*» (TAR Venezia, 04.07.2019 n. 803). Rispetto all'intenzione palesata dal ricorrente di introdurre azioni giudiziarie a tutela delle proprie ragioni, non può ritenersi superflua la conoscenza di documenti da cui possono emergere fatti che potenzialmente costituiscono cause ostative all'aggiudicazione. Pertanto, «*l'accesso documentale funzionale alla difesa in giudizio non può fare a meno dell'integrale contenuto dei moduli DGUE, dei relativi allegati e delle dichiarazioni rese ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto solo la completa acquisizione di essi consente di verificare se gli operatori controinteressati abbiano correttamente notiziato la stazione appaltante di tutti gli eventuali precedenti e/o pendenze penali ovvero di tutte le pregresse risoluzioni contrattuali o di qualsiasi altro fatto idoneo ad essere giudicato quale grave illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, o quale causa espulsiva in base alle altre ipotesi previste dal medesimo art. 80; analogamente, solo la conoscenza delle risultanze del casellario giudiziale e dei carichi pendenti*

consente di verificare se gli operatori hanno dichiarato tutti i precedenti e/o le pendenze penali oppure se li hanno taciuti in tutto o in parte" (…) Tale rilievo, del resto, rappresenta unicamente un'applicazione del più generale principio, affermato dalla costante giurisprudenza amministrativa che ha interpretato la normativa in materia, secondo cui "l'accesso ai documenti amministrativi prevale in ogni caso, anche sui dati cd. sensibili, qualora sia strumentale alla cura o alla difesa degli interessi giuridici del richiedente" (C.d.S., Sez. V, n. 6318/2009" (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 22/08/2020, (ud. 16/07/2020, dep. 22/08/2020), n.1582). Le medesime considerazioni valgono anche per la documentazione relativa allo svolgimento delle verifiche relative al possesso dei requisiti espletate nella fase successiva all'aggiudicazione, in vista della stipula del contratto, trattandosi di documentazione facente parte del procedimento di affidamento, da cui possono emergere eventuali cause ostative all'aggiudicazione il cui interesse conoscitivo per la ditta seconda classificata non è revocabile in dubbio» (TAR Venezia, 21.06.2022 n. 1065).

Diversamente, ovvero in caso di istanza di accesso agli atti da parte di operatori economici classificati in posizioni successive alla seconda, potrebbe non essere ritenuta meritevole di accoglimento, da parte della Stazione Appaltante, un'istanza di accesso tesa meramente a sondare l'astratta proponibilità di un ricorso giurisdizionale, anche se recentemente è stato affermato che «*la situazione legittimante l'accesso documentale ex art. 53 comma 1 e 22 l. 241/90 è ravvisabile nella circostanza che l'istante ha richiesto l'accesso agli atti di gara inerenti la procedura ad evidenza pubblica cui ha preso parte e la cui legittimità intende scrutinare, anche valutando la corretta valutazione delle ammissione degli altri concorrenti – da intendersi riferita a quelli che lo precedono in graduatoria – e la corretta valutazione delle loro offerte, per cui sussiste senza dubbio un interesse attuale e concreto alla conoscenza degli atti di gara; a tali fini non è rilevante la circostanza che lo stesso si sia collocato all'**ottavo posto in graduatoria**, in quanto questa circostanza non potrebbe rilevare neppure ove venga in rilievo l'accesso a documenti riservati ex art. 24 comma 7 l. 241/90, atteso che, – fermo restando il più grave onere di allegazione gravante sull'istante e che comunque deve intendersi soddisfatto, nell'ipotesi di specie, con il richiamo alla necessità di delibare la corretta ammissione e la corretta valutazione delle offerte degli altri concorrenti (da intendersi quelli che precedono l'istante in graduatoria), non potendo esigersi una specificazione più puntuale in assenza del rifiuto dell'ostensione degli atti della procedura di gara – come precisato nella citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2021 "la pubblica amministrazione detentrice del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrice del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990".*» (**Consiglio di Stato, sez. V, 29.04.2022 n. 3392**).

Il concorrente controinteressato, dal suo canto, non può opporsi ad un'istanza di accesso agli atti limitandosi ad asserire che i documenti richiesti contengono segreti «commerciali e industriali»; tale opposizione, per ritenersi fondata e prevalente, deve essere adeguatamente circostanziata con riferimento alle informazioni che lo stesso intende mantenere segrete e con la precisazione delle ragioni per le quali esse non possono essere diffuse. Peraltro la Stazione Appaltante potrebbe comunque consentire un accesso parziale agli atti, eventualmente oscurati nelle specifiche parti contenenti segreti tecnici o commerciali.

3. L'accesso agli atti: modalità

La legge sul procedimento amministrativo, comunque applicabile in materia di contratti pubblici, è compendiata dalle indicazioni operative e applicative fornite all'interno del **d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184** «*Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi*» il quale al secondo comma dell'art. 5 dispone che: «*Il richiedente deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta, dimostrare la propria identità e, ove occorra, i propri poteri di rappresentanza del soggetto interessato*».

Si tratta di una modalità di accesso ai documenti amministrativi massimamente semplificata considerato non solo che può essere presentata anche verbalmente, ma altresì che il richiedente può limitarsi anche solo ad indicare gli elementi essenziali dell'atto cui vuol accedere, spettando poi all'Amministrazione la sua esatta identificazione al fine di darvi riscontro, nello spirito di massima apertura dell'Amministrazione alle istanze dei privati a garanzia della totale trasparenza della sua azione. Orbene, l'accesso agli atti dell'operatore economico partecipante ad una procedura di gara si realizza proprio per il tramite della richiamata modalità semplificata, comunemente definita «accesso informale».

In quest'ottica il concorrente che intende accedere a tutti gli atti della procedura potrà impiegare anche una generica locuzione, quale a titolo esemplificativo agli «atti del procedimento in oggetto», essendo ciò sufficiente ad onerare la Stazione Appaltante a mettere a disposizione del richiedente tutti gli atti di gara, ivi compresi quelli provenienti dagli altri operatori laddove necessari ad esaminare la correttezza dell'operato relativamente alla procedura per il quale è chiesto. Di conseguenza, non potrà la Stazione Appaltante legittimamente sottrarre alcun documento dall'accesso motivando soltanto sulla base di una eventuale mancata specificazione nella relativa istanza. Va peraltro segnalato che, se la Stazione Appaltante tiene un comportamento dilatorio, ostacolando senza ragione la piena conoscenza degli atti di gara, il termine di impugnazione decorrerà dalla piena conoscenza dei documenti da parte dell'operatore economico interessato.

4. L'applicabilità dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti pubblici

La giurisprudenza è stata per molto tempo divisa sull'applicabilità dell'accesso civico generalizzato in materia di appalti pubblici, seguendo orientamenti diametralmente opposti.

Un primo orientamento è teso a riconoscere l'applicazione dell'accesso civico generalizzato anche in tale ambito, in un'ottica interpretativa dinamica e coerente con i principi costituzionali di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, senza incorrere in limitazioni conseguenti unicamente ad un mancato coordinamento fra disposizioni normative succedutesi nel tempo. Un secondo orientamento, di contro, è risultato sfavorevole all'estensione di tale istituto agli atti di gara, sulla base dell'art. 5 bis, comma 3, del d. lgs. n. 33/2013 che ne esclude l'applicazione 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'art. 53, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016 nel caso delle procedure di gara.

Con intervento risolutivo, l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 02.04.2020 n. 10** ha affermato l'esperibilità dell'accesso civico generalizzato anche nella materia dei contratti pubblici ed ha ricordato la finalità e l'obiettivo dell'istituto, da rinvenirsi nello «*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*» (art. 5, comma 2, del d. lgs. 33/2013), finalità che consente il superamento dei limiti connaturati all'accesso documentale, il quale non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull'attività della pubblica amministrazione.

L'Adunanza Plenaria ha quindi ritenuto preferibile un approccio interpretativo che evitasse di individuare nuovi limiti all'esercizio del diritto di accesso, imponendo così una lettura tassativa e quindi restrittiva delle ipotesi in cui può essere opposto il diniego all'esercizio di tale forma di accesso. In particolare ha precisato come non possa essere escluso l'accesso generalizzato ad interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, compresi quelli regolati dalla l. n. 241/1990 perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata *per relationem* dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e vanificherebbe l'accesso civico generalizzato. In definitiva, l'Adunanza Plenaria ha privilegiato un'interpretazione che assicurasse l'integrazione reciproca delle discipline generali e speciali, in un'ottica che, mirando a tutelare la trasparenza dell'operato della Pubblica Amministrazione, non tollera limiti ingiustificati – specie per intere materie – alla soddisfazione dell'interesse conoscitivo (c.d. "*right to know*") quale espressione di una libertà fondamentale in un ordinamento democratico. Pertanto, tutte le volte in cui non si ravvisano limiti imposti dalla normativa dell'accesso civico, non vi è motivo di inibirne l'applicabilità anche alla disciplina dei contratti pubblici, in tutte le sue fasi, anche successive all'aggiudicazione. Del resto, l'esigenza di correttezza, trasparenza

nella materia dei contratti pubblici è particolarmente sentita atteso che proprio nella fase di esecuzione dei rapporti contrattuali spesso si annidano fenomeni patologici di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e malgoverno tali da pregiudicare persino il godimento di diritti fondamentali da parte dei cittadini nella loro pretesa ai diritti sociali.

Al riguardo, è stato recentemente confermato (**Consiglio di Stato, sez. V, 11.04.2022 n. 2670**) che l'istituto «*"debba trovare applicazione […] anche alla materia dei contratti pubblici" e, in specie, "all'esecuzione dei contratti pubblici", in tal caso valendo come "diritto di 'chiunque', non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza", che "viene riconosciuto e tutelato «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» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013)" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, spec. par. 22.1 e massime enunciate; per l'applicazione del principio, cfr. Cons. Stato, III, 25 gennaio 2021, n. 697). Trattasi dunque di un diritto il cui esercizio non abbisogna di specifica motivazione, e che presenta carattere autonomo, essendo slegato dalla titolarità di altre situazioni giuridiche da tutelare. Il suddetto accesso "è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici", incontrando quale unica eccezione – oltre ai limiti cd. "assoluti" all'accesso di cui all'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 e suoi richiami (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, cit., spec. par. 24 ss.) – quella dei limiti cd. "relativi" correlati agli interessi-limite, pubblici e privati, previsti dall'art. 5-bis, comma 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013, nella prospettiva del bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza*.».

Resta tuttavia esclusa l'ostensione documentale, anche sulla base della disciplina dell'accesso civico, finalizzata unicamente all'esercizio di un controllo generalizzato dell'operato dell'Amministrazione, ossia allo scopo di «*verificare eventuali e non ancora definite forme di lesione della sfera dei privati, atteso che l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi deve essere comparato con altri interessi rilevanti, tra cui quello dell'amministrazione a non subire eccessivi intralci nella propria attività gestoria, presidiata anche a livello costituzionale (in termini Cons. Stato, V, 25 settembre 2006, n. 5636*).» (Consiglio di Stato, sez. V, 02.03.2021 n. 1779).