

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

Estratto

FASCICOLO

4 / 2024

OTTOBRE - DICEMBRE

La nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara nell'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici

Roberto Fusco

DOI: 10.13130/2723-9195/2024-4-120

La disciplina dell'accesso agli atti di gara, negli ultimi anni, ha dato vita a numerose problematiche interpretative, sia con riferimento alle tipologie di accesso utilizzabili nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, sia con riferimento al bilanciamento tra il diritto di accesso agli atti di gara e la tutela dei segreti tecnico-commerciali. La normativa prevista dal vigente Codice dei contratti (d.lgs. n. 36/2023) in materia di accesso, che si inserisce nell'ambito del complessivo processo di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, ha innovato in maniera significativa le modalità attraverso le quali gli operatori economici possono conoscere i documenti di gara e le offerte presentate, prevedendo dei meccanismi automatici di esibizione di tali atti e un nuovo rito "super-accelerato" avente ad oggetto le decisioni della pubblica amministrazione sulle richieste di oscuramento delle parti delle offerte da ritenersi coperte da segreti tecnico-commerciali. Il presente contributo, pertanto, mira ad indagare se la nuova disciplina di accesso agli atti di gara si riveli adeguata a garantire l'attuazione del principio di trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici, evitando che la digitalizzazione e l'automazione delle procedure di gara non si traduca in una diminuzione della conoscibilità dei meccanismi decisionali adottati dalle stazioni appaltanti.

The new rules on access to tendering documents in the context of public procurement digitization

In recent years, the regulation on the access to procurement documents has led to numerous interpretative issues with regard to the types of access granted within public procurement procedures as well as the balance between the right to access procurement documents and the protection of technical and commercial secrets. The legislation on the subject of access contained in the recently enacted Public Contracting Code

(Legislative Decree no. 36/2023) -- which is part of the overall digitization process of a contract's lifecycle -- has significantly innovated the methods through which economic operators can view procurement documents and the bids that were submitted. The new Code provides for automatic mechanisms for the immediate disclosure of such documents and a new "super-accelerated" procedure regarding the public administration's decisions on bidders' requests to hide those parts of the bids that are considered to represent technical and commercial secrets. This paper aims to establish whether the new regulation on access to procurement documents is suitable to ensure the enforcement of the principle of transparency in public contracting, preventing digitization and automation of procurement procedures from resulting in a decrease in the transparency of the decision-making mechanisms adopted by contracting authorities.

Sommario: 1. Premessa.- 2. Il principio di trasparenza e l'accesso ai documenti amministrativi: profili evolutivi.- 3. La tassonomia delle forme di accesso a documenti, atti e informazioni della pubblica amministrazione.- 4. La progressiva emersione della normativa speciale in materia di contratti pubblici.- 5. Profili ricostruttivi della normativa in materia di trasparenza e accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici.- 6. L'accesso in modalità digitale e la nuova disciplina dei differimenti e delle esclusioni.- 7. La messa a disposizione automatica delle offerte in piattaforma e il rito speciale sulle richieste di oscuramento.- 8. Accesso agli atti di gara e dilazione del termine di impugnazione dell'aggiudicazione.- 9. Questioni procedurali e processuali relative alla messa a disposizione degli atti in piattaforma e al c.d. "rito super-accelerato".- 10. Una ricostruzione dell'accessibilità agli atti di gara a geometrie variabili.- 11. Accesso e intelligenza artificiale: conoscibilità e comprensività delle decisioni assunte mediante automazione.- 12. Alcune brevi considerazioni sui possibili profili evolutivi della disciplina.

1. Premessa

La disciplina dell'accesso agli atti di gara è stata fin dalle sue origini oggetto di una normativa speciale in ragione della particolarità delle procedure di evidenza pubblica rispetto alla generalità dei procedimenti amministrativi e della rilevanza

che la trasparenza riveste nella materia dei contratti pubblici, particolarmente esposta ai fenomeni corruttivi^[4].

Il principio di trasparenza dell'attività amministrativa nell'ambito delle gare per l'affidamento dei contratti pubblici entra in conflitto, non solo con gli interessi pubblici tutelati dalla pubblica amministrazione, ma anche (e soprattutto) con gli interessi privati degli operatori economici che partecipano alla gara, che hanno spesso l'interesse a tutelare la segretezza delle proprie offerte tecniche^[5].

Sono essenzialmente queste le ragioni per le quali la disciplina dell'accesso agli atti di gara ha da sempre avuto una disciplina *ad hoc* che, però, non è bastata ad evitare il sorgere di alcune problematiche esegetiche ed applicative che hanno affaticato la dottrina e la giurisprudenza nella ricerca di soluzioni condivise e, soprattutto, condivisibili. Infatti, la stratificazione normativa in materia, nel corso degli ultimi decenni, ha di molto complicato il ruolo dell'interprete nel coordinamento delle varie tipologie di accesso previste dal nostro ordinamento, determinando soluzioni applicative spesso diversificate e non uniformi^[6].

Con l'entrata in vigore all'ultimo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) la disciplina speciale è stata integralmente riscritta nell'ambito di due distinti articoli che hanno di gran lunga implementato e modificato le modalità d'accesso agli atti di gara alla luce della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti^[4].

A poco più di un anno dall'entrata in vigore di detto Codice, pertanto, si ritiene utile tracciare un primo approfondimento della nuova disciplina sull'accesso – forzatamente provvisorio visto il ristretto periodo applicativo della normativa^[5] – al fine di indagarne gli aspetti migliorativi, le persistenti criticità e le future potenzialità dell'istituto, anche alla luce dall'utilizzo delle tecnologie dell'ICT (*Information and Communications Technology*) che si stanno progressivamente affermando nello svolgimento dell'attività amministrativa^[6].

Il Codice dei contratti, infatti, prevedendo la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, impone un cambio di paradigma anche relativamente all'accessibilità alle informazioni e agli atti di gara, accessibilità che dovrà ora necessariamente muoversi sul binario digitale e non su quello analogico^[7]. Tale scenario, unito allo sviluppo degli strumenti di AI (*Artificial Intelligence*), che ora hanno trovato un'espressa disciplina normativa proprio nell'ambito del predetto del Codice, potrebbe consentire lo sviluppo di un nuovo modello

digitale di accesso ai documenti amministrativi, idoneo a fungere da volano per forme di “accessibilità automatizzata”, utilizzabili anche in altri ambiti dell’attività amministrativa autoritativa.

2. Il principio di trasparenza e l’accesso ai documenti amministrativi: profili evolutivi

Per un’adeguata comprensione del tema dell’accessibilità agli atti di gara pare opportuno effettuare alcune brevi premesse evolutive sull’accesso ai documenti amministrativi, che va inquadrato nell’ambito del coevo principio di trasparenza dell’attività amministrativa, del quale è una delle più importanti manifestazioni. L’accessibilità ai documenti della pubblica amministrazione, infatti, è tutt’ora uno dei principali strumenti attuativi della trasparenza amministrativa^[8], attraverso il quale si contribuisce a rendere concreta l’iconica immagine della pubblica amministrazione come una “casa di vetro”, costruita con delle pareti trasparenti che permettano di lasciar scorgere le modalità di esercizio dell’attività amministrativa ai destinatari degli effetti dei pubblici poteri^[9].

L’evoluzione in materia è stata lunga e tortuosa^[10]: si è passati da un sistema in cui la segretezza costituiva la regola dell’operato della pubblica amministrazione e la trasparenza l’eccezione^[11], ad un sistema diametralmente opposto, introdotto dalla l. n. 241/1990, che ha fatto diventare l’accessibilità all’operato della pubblica amministrazione la regola generale, relegando il segreto ad ipotesi eccezionali^[12].

Nella sua versione primigenia il diritto di accesso ai documenti amministrativi aveva un’accezione ampia ed esplicitamente funzionalizzata all’attuazione del principio della trasparenza amministrativa^[13]. L’istituto, poi, è stato oggetto di un’integrale revisione ad opera della l. n. 15/2005, che ne ha modificato profondamente il carattere sostanziale, indirizzando lo stesso maggiormente alla tutela delle situazioni giuridiche individuali piuttosto che al controllo generalizzato sull’operato delle pubbliche amministrazioni^[14]. Si deve a tale intervento legislativo anche la cristallizzazione del principio di trasparenza tra i principi dell’attività amministrativa^[15].

Nello stesso anno, con la l. n. 80/2005, le controversie in materia di accesso vengono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo^[16], andando a risolvere la questione relativa al riparto di giurisdizione sulle relative

controversie, strettamente correlata al dibattito sulla qualificazione della natura giuridica dell'accesso, dibattito che non può dirsi ancora del tutto sopito^[17].

L'anno seguente, poi, viene adottato il d.P.R. n. 184/2006 che, ad integrazione della disciplina dell'accesso integralmente riformata nel 2005, prescrive le modalità con le quali deve essere effettuata la richiesta di accesso (e serbata la relativa risposta), oltre ad alcune precisazioni sulle esclusioni dai documenti accessibili e sulle modalità di contestazione delle decisioni della pubblica amministrazione^[18].

Un incremento ulteriore all'accessibilità dell'attività amministrativa si ha con l'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 150/2009 (cd. Decreto Brunetta), che declina la trasparenza come «*accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni*» con il fine di favorire forme diffuse di controllo sull'attività amministrativa nel perseguimento dei principi di buon andamento e di imparzialità. Si costituisce in questo modo, in capo a ciascun cittadino, una posizione giuridica qualificata ad ottenere le informazioni pubbliche, dichiaratamente rivolta a favorire quel controllo generalizzato sull'operato delle amministrazioni escluso dall'art. 24, comma 3, l. n. 241/1990^[19].

Il c.d. Decreto Brunetta prepara il terreno alla successiva importante nuova riforma in materia di trasparenza e di accesso ai documenti amministrativi, che si ha con il d.lgs. n. 33/2013 (c.d. Decreto Trasparenza)^[20]. Con questo intervento normativo, nel prevedere un'articolata rete di obblighi di pubblicazione al fine di implementare la trasparenza dell'attività pubblica, è stata anche introdotta una nuova tipologia di accesso ai documenti amministrativi, l'accesso civico, attraverso il quale il privato ha il diritto di richiedere i documenti, le informazioni o i dati che l'amministrazione è tenuta a pubblicare, quando la stessa non vi abbia provveduto^[21].

Qualche anno dopo, il novero delle figure di accesso ai documenti cresce nuovamente grazie al d.lgs. n. 97/2016^[22] che introduce una diversa forma di accesso civico, definita dall'ANAC come “accesso civico generalizzato”^[23], che permette a chiunque di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli soggetti ad obbligo di pubblicazione, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali^[24]. Tale forma di accesso è stata ispirata a quella prevista dal *Freedom*

of Information Act (c.d. FOIA) che costituisce un modello di accessibilità improntato ad un vero e proprio diritto alla conoscibilità (*right to know*) molto ampio anche se non illimitato^[25].

Tale modello di accessibilità è già da tempo vigente sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea^[26], sia nella gran parte degli altri Stati membri^[27], sia negli Stati Uniti d'America^[28].

Da questa breve panoramica evolutiva appare come oggi nel nostro ordinamento vi siano diverse tipologie di accesso che hanno ad oggetto non solo documenti, ma anche atti, dati e informazioni in possesso della pubblica amministrazione e che sono assoggettate a discipline normative differenti. Di seguito si proverà a dare brevemente conto di tutte queste diverse forme di accesso che, con qualche problema di coordinamento, convivono oggi nel nostro ordinamento.

3. La tassonomia delle forme di accesso a documenti, atti e informazioni della pubblica amministrazione

L'espressione accesso ai documenti amministrativi, alla luce del quadro normativo vigente, non appare più in grado di descrivere adeguatamente i poteri a disposizione dell'interessato per conoscere lo svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione, dato che l'accesso non è più unitario e non riguarda più solamente i documenti, ma anche gli atti, le informazioni e i dati in possesso della pubblica amministrazione. Il quadro degli strumenti di accessibilità è composito e non ben armonizzato, dato che i presupposti dei vari istituti si prestano spesso a sovrapposizioni che non facilitano l'interprete nell'identificare la normativa da applicare.

Le figure generali di accesso sono almeno tre: l'accesso ai documenti amministrativi ex art. 22 e ss., l. n. 241/1990 (c.d. accesso documentale), l'accesso civico ex art. 5 comma 1, d.lgs. n. 33/2013 (c.d. accesso civico semplice) e l'accesso civico ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 (c.d. accesso civico generalizzato).

La figura originaria è quella dell'accesso documentale, che è stato per anni lo strumento principe per l'attuazione del principio di trasparenza amministrativa^[29]. Il soggetto legittimato a richiedere l'accesso deve essere titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente

tutelata e collegata al documento di cui si chiede l'ostensione; l'oggetto della richiesta di accesso possono essere solo i documenti amministrativi e non anche le informazioni in possesso dell'amministrazione^[30]. La regola generale dell'accessibilità, stante la sussistenza dei presupposti di legittimazione attiva e passiva, va contemperata con i casi in cui il diritto di accesso è tassativamente escluso e con quelli in cui l'accessibilità va bilanciata con la sussistenza di altri interessi pubblici o privati^[31]. Nell'attuale impianto normativo, in buona sostanza, l'accesso procedimentale garantisce e protegge l'interesse alla trasparenza solo nei casi in cui esso coincida con l'esigenza di protezione di un interesse individuale e, in ragione di un tanto, tale forma di accesso viene anche etichettata come "accesso defensionale"^[32].

La seconda figura generale di accesso ai documenti è costituita dal c.d. accesso civico semplice previsto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013, che consiste nel diritto di chiunque di richiedere tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria da parte della pubblica amministrazione, nei casi in cui la loro pubblicazione sia stata omessa^[33]. L'accesso civico semplice, diversamente da quello documentale, prescinde da un interesse giuridicamente tutelabile di chi effettua la richiesta, dato che è il legislatore stesso a limitare l'ambito del "conoscibile" e non il cittadino, che può richiedere l'accesso solo dei documenti per i quali normativamente è imposto un obbligo di pubblicazione^[34]. Le decisioni della pubblica amministrazione sulle richieste di accesso civico semplice costituiscono esercizio di attività vincolata rispetto alla quale non residuano margini di scelta (*rectius* discrezionalità) in merito alla decisione di accogliere o meno l'istanza, con la conseguenza che il richiedente può vantare una situazione giuridica soggettiva di diritto soggettivo^[35]. Nella sostanza, dunque, l'accesso civico semplice costituisce uno strumento di controllo generalizzato in ordine alla corretta applicazione degli obblighi normativi di pubblicazione da parte dei soggetti per i quali trova applicazione la disciplina della trasparenza^[36].

La terza forma generale di accesso è costituita dall'accesso civico generalizzato che è stata introdotta nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 97/2016^[37]. L'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 prevede il diritto di chiunque ad accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, allo scopo di favorire il controllo sull'attività amministrativa e di favorire la partecipazione al dibattito pubblico, nel rispetto

dei limiti normativamente previsti^[38]. Il successivo art. 5-bis, infatti, prevede una serie di limiti che tale forma di accesso deve rispettare, distinguendo tra limiti necessari alla tutela di interessi pubblici (previsti dal comma 1) e limiti che riguardano la tutela di interessi privati (previsti dal comma 2), a cui vanno aggiunte le esclusioni dell'accesso legate al segreto di Stato e agli altri casi di divieto di accesso o di divulgazione stabiliti dalla legge (previsti dal comma 3). L'accesso civico generalizzato (come quello semplice) non è soggetto ad alcuna limitazione per quanto riguarda la legittimazione soggettiva del richiedente. L'istanza non deve essere motivata (con riferimento alla sussistenza di un interesse) e la stessa può limitarsi a contenere esclusivamente l'indicazione dei dati, dei documenti (e delle informazioni) che il soggetto vuole conoscere^[39]. In sostanza, con l'accesso civico generalizzato viene introdotto nel nostro ordinamento il diritto all'informazione amministrativa, ossia il diritto ad essere informati e a ricercare informazioni, costruito sin dall'origine come un diritto individuale che consente al cittadino di controllare l'amministrazione, di partecipare al dibattito pubblico e di entrare in possesso delle informazioni che realmente gli interessano^[40]. In relazione all'introduzione nel nostro ordinamento di questo nuovo "diritto a conoscere", si condivide il rammarico di quella dottrina secondo la quale è stata persa un'occasione di riscrivere in maniera più semplice, coordinata e organica l'intera disciplina dell'accesso^[41].

4. La progressiva emersione della normativa speciale in materia di contratti pubblici

Nell'ambito della materia dei contratti pubblici, come accennato in precedenza, la disciplina dell'accesso agli atti ha da sempre rivestito un'importanza particolare, costituendo uno dei principali strumenti per la tutela dei principi di trasparenza e imparzialità dell'attività amministrativa, nonché del principio della libera concorrenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica^[42].

Inizialmente, la disciplina prevista dalla l. n. 241/1990 in materia di accesso ai documenti ha trovato applicazione anche nella materia dei contratti pubblici^[43].

Già qualche anno dopo, però, per la materia dei lavori pubblici è stata dettata una prima disciplina speciale con la l. n. 109/1994 (rubricata "Legge quadro in materia di lavori pubblici"), il cui art. 3 demandava la disciplina dell'accesso alla

fonte regolamentare ^[44] .

Una prima organica disciplina speciale sul diritto di accesso nelle procedure di evidenza pubblica si deve al primo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) che, all'art. 13 (rubricato "Accesso agli atti di gara e divieti di divulgazione"), introduceva una serie di regole differenziate per ottenere la visibilità degli atti di gara ^[45] . La giurisprudenza ha precisato come detta normativa speciale andasse intesa in termini di complementarietà con la disciplina dell'accesso documentale, nel senso che essa dovesse applicarsi tutte le volte in cui non vi fossero disposizioni speciali o derogatorie ^[46] . Il "nucleo di specialità" individuato dal Codice del 2006 consisteva nell'individuazione di alcuni casi in cui il diritto di accesso doveva essere differito ^[47] in relazione alle scansioni delle varie fasi procedurali e di altri casi in cui lo stesso doveva considerarsi in radice escluso ^[48] . Il Codice precisava poi che, in relazione ai segreti tecnici o commerciali e agli eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte da individuarsi con regolamento, era comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chiedesse per la difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto ^[49] . Per quanto riguarda le modalità di accesso, l'art. 79, comma 5-quater, prevedeva una forma speciale di "accesso informale" agli atti di gara, secondo il quale l'accesso era consentito entro dieci giorni dalla comunicazione dei provvedimenti oggetto della richiesta ^[50] .

Nel secondo Codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) la disciplina dell'accesso agli atti di gara è stata trasfusa nell'art. 53 (rubricato "Accesso agli atti e riservatezza"), all'interno del quale veniva quasi pedissequamente riproposta la disciplina precedentemente contenuta nell'art. 13, d.lgs. n. 163/2006 ^[51] . I principali elementi di differenziazione riguardavano i riferimenti all'asta elettronica ^[52] , l'eliminazione di una causa di esclusione ^[53] e l'elisione dei due ultimi comma relativi alla messa a disposizione delle specifiche tecniche ^[54] .

All'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, poi, veniva anche riproposta la possibilità di effettuare una richiesta di accesso "semplificato" (leggermente diverso da quello già previsto dall'art. 79, d.lgs. n. 163/2006), volto a conoscere i motivi della propria mancata aggiudicazione, richiesta che la pubblica amministrazione doveva riscontrare entro quindici giorni ^[55] .

Un'altra norma di indubbia portata innovativa del Codice del 2016 era quella contenuta all'art. 29 (rubricata "Principi in materia di trasparenza") in quanto

priva di una corrispondente disposizione nel Codice del 2006. L'art. 29, comma 1 prevedeva l'obbligo di pubblicare tutta una serie di atti sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 33/2013. L'art. 29, comma 2, invece, prevedeva la gestione e la trasmissione alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC, attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'art. 213, comma 9, di tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento (inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'art. 5)^[56].

Pertanto, da una parte veniva prevista tutta una serie di obblighi di pubblicazione e di trasmissione a carico della stazione appaltante; dall'altra, a tali obblighi di pubblicità si affiancava il diritto di accesso agli atti "classico", con il quale l'operatore economico interessato^[57] veniva messo in condizione di conoscere (più a fondo) la scelta dell'amministrazione e le offerte dei concorrenti (salvo le esclusioni normativamente previste) al fine di verificare la regolarità e la correttezza della procedura di gara.

Nella vigenza del Codice del 2016 si è posto il problema dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato nell'ambito delle procedure di gara, in assenza di un riferimento esplicito alla sua disciplina normativa^[58]. Per lungo tempo la questione è stata dibattuta, essendosi registrati sul punto due orientamenti diametralmente contrapposti^[59].

Un primo orientamento escludeva l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato in base al disposto dell'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale «*Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso [...] è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*». La previsione di una disciplina speciale, modellata sulla disciplina dell'accesso documentale, pertanto, giustificherebbe una esclusione (seppur implicita) di utilizzare l'accesso civico generalizzato nell'ambito delle procedure di gara^[60].

L'opposto orientamento, invece, riteneva che il disposto della citata disposizione non fosse sufficiente ad introdurre una disciplina speciale e derogatoria tale da escludere definitivamente l'applicazione dell'accesso civico generalizzato nelle

procedure di gara ^[61] .

Tale contrasto, nel 2019, si è amplificato anche in seno al Consiglio di Stato, dove la Sezione Terza ^[62] e la Sezione Quinta ^[63] , a distanza di soli due mesi, hanno espresso opinioni diametralmente opposte.

Ciò ha portato la Sezione Terza, con successiva ordinanza 16 dicembre 2019, n. 8501 ^[64] , a deferire la questione all'Adunanza plenaria che, con la nota sentenza n. 10/2020, ha risolto la *vexata quaestio* nel senso dell'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato anche nell'ambito dell'accesso ai documenti di gara ^[65] . Secondo la Plenaria, infatti, la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei o assoluti di cui all'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara (anche nella fase di esecuzione), dato che il vigente contesto normativo non può determinare un'esclusione *sic et simpliciter* dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici, ma prescrive una necessaria verifica della compatibilità di tale forma di accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2 a tutela degli interessi (pubblici e privati) ivi previsti, a seguito di un bilanciamento tra l'interesse alla trasparenza e quello alla riservatezza ^[66] .

La soluzione sposata dall'Adunanza plenaria è stata recepita anche dal terzo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) secondo il quale le stazioni appaltanti assicurano l'accesso digitale agli atti di gara «*ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*» ^[67] .

5. Profili ricostruttivi della normativa in materia di trasparenza e accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Il d.lgs. n. 36/2023 regola l'accesso agli atti di gara negli artt. 35 e 36 i quali, pur contenendo una forte continuità rispetto alla disciplina previgente per quel che riguarda la casistica dei differimenti e delle esclusioni, presenta anche degli aspetti fortemente innovativi, sia dal punto di vista sostanziale, che dal punto di vista procedimentale e processuale ^[68] .

La portata innovativa di questa nuova disciplina è strettamente legata a quel processo di digitalizzazione che costituisce il *fil rouge* del nuovo Codice e che

deve applicarsi a tutte le procedure di gara e per tutte le fasi del ciclo di vita del contratto^[69]. L'effettiva digitalizzazione di ogni fase della contrattazione e dei rapporti tra stazioni appaltanti e operatori economici, infatti, rappresenta la sfida più importante da portare avanti nella materia dei contratti pubblici, anche alla luce della normativa europea che promuove fortemente la trasformazione digitale e pone strategie di effettiva digitalizzazione volte a superare la ancora limitata attuazione degli obiettivi di *e-procurement*^[70].

Nell'ambito di questo processo di digitalizzazione si inserisce il nuovo regime del diritto di accesso agli atti di gara, da garantire in modalità digitale, con tutta una serie di necessari adattamenti e ripensamenti nei confronti delle ordinarie procedure amministrative, che diventa per le amministrazioni anche un'occasione per semplificare e velocizzare gli adempimenti collegati^[71].

Ma prima ancora di soffermarsi sulla disciplina dell'accesso agli atti – sulla quale si tornerà più diffusamente nei prossimi paragrafi – occorre brevemente dare conto che la trasparenza nell'ambito delle procedure di gara è attuata, *in primis*, attraverso una puntuale previsione di una serie di obblighi di pubblicazione a carico delle stazioni appaltanti, che sono prescritti dal combinato disposto degli artt. 20 (rubricato “Principi in materia di trasparenza”) e 28 (rubricato “Trasparenza dei contratti pubblici”) del d.lgs. n. 36/2023, nonché dall'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013 (rubricato “Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”).

Secondo il succitato art. 20, nel perseguimento del principio di trasparenza, i dati, le informazioni e gli atti relativi ai contratti pubblici indicati nell'art. 28 sono pubblicati secondo le modalità prescritte dal d.lgs. n. 33/2013^[72].

Il successivo art. 28, invece, prescrive con maggior precisione le modalità di pubblicazione nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici. Le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché quelli relativi alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici (ove non considerati riservati ai sensi dell'art. 35, ovvero secretati ai sensi dell'art. 139) sono trasmessi tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di cui all'art. 23, attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all'art. 25^[73]. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano il collegamento tra la sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale e la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici^[74]. Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati

trasmessi alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti anche attraverso la piattaforma unica della trasparenza e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto; in particolare, sono pubblicati su detta banca dati dell'ANAC, la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l'importo delle somme liquidate^[75]. La composizione della commissione giudicatrice, i *curricula* dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione, invece, sono pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale della stazione appaltante^[76].

In sostanza, il regime di trasparenza previsto dal Codice dei contratti è caratterizzato dall'interposizione delle attività di invio dei dati alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC che riceve i dati quando le stazioni appaltanti li creano, dati che vengono comunicati una sola volta dalle amministrazioni per adempiere alle diverse finalità e resi accessibili dalla sezione "Amministrazione trasparente" attraverso un *link* che si collega alla banca dati di ANAC^[77]. Qualora la stazione appaltante non adempia ai suoi obblighi di pubblicazione, gli interessati possono attivare lo strumento dell'accesso civico semplice al fine di ottenere la pubblicazione degli atti e delle informazioni mancanti^[78].

6. L'accesso in modalità digitale e la nuova disciplina dei differimenti e delle esclusioni.

L'art. 35 (rubricato "Accesso agli atti e riservatezza") contiene la disciplina "sostanziale" dell'accesso degli atti di gara, che viene modulata sulla falsariga di quelle contenute nei codici dei contratti previgenti, ossia prevedendo la regola generale dell'accessibilità, temperata da alcune ipotesi di differimento e di esclusione^[79].

Preliminarmente occorre evidenziare che l'art. 35, comma 1, al fine di allineare l'istituto alla digitalizzazione delle procedure e all'utilizzo delle piattaforme di *e-procurement*, prevede che le stazioni appaltanti debbano assicurare l'accesso agli

atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inserite nelle piattaforme. Viene anche precisato che la richiesta di accesso può avvenire sia a titolo di accesso civico (semplice o generalizzato), sia a titolo di accesso documentale, andando a recepire in via legislativa l'analizzata soluzione giurisprudenziale dell'Adunanza plenaria n. 10/2020 che aveva ammesso l'istituto dell'accesso civico generalizzato nell'ambito dei contratti pubblici, anche con riguardo alla fase esecutiva^[80].

La disciplina dei casi di differimento ha subito alcune modifiche rispetto alla corrispondente norma del Codice del 2016 laddove si è provveduto ad indicare con maggior dettaglio le tempistiche entro le quali si può ottenere la documentazione di gara^[81].

Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del 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^[82]; c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione; d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione; e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione^[83].

Fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei limiti temporali come sopra indicati, gli atti, i dati e le informazioni di cui sopra non possono essere resi accessibili o conoscibili in alcun modo, pena la responsabilità penale ex art. 326 c.p.^[84] per i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio che contravvengono a tale divieto^[85].

Per quanto riguarda il regime delle esclusioni si deve registrare una bipartizione

inedita tra i casi in cui la stazione appaltante “può escludere” o “esclude” (*rectius* deve escludere) l’accesso.

Nei casi di c.d. esclusione assoluta rientrano le richieste di accesso relative: 1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all’applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; 2) 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; 3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale ^[86].

I casi di c.d. esclusione relativa, invece, sono costituiti dalle richieste di accesso relative alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta (o a giustificazione della medesima) che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali ^[87].

Tale bipartizione, però, va relativizzata alla luce del dettato dell’art. 35, comma 5 che, pur limitatamente ai casi di segreto tecnico-commerciale e alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche, consente l’accesso al ricorrente qualora esso sia “indispensabile” ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici. Questa norma ha recepito un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in presenza di parti delle offerte che possono costituire un segreto tecnico o commerciale ^[88], la stazione appaltante deve preliminarmente considerare, nel bilanciamento tra esigenze di difesa e tutela della riservatezza, se sussista il requisito della “stretta indispensabilità” della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio del soggetto interessato all’accesso ^[89]. Il richiedente, pertanto, se vorrà accedere anche a quelle informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali, dovrà dimostrare che le stesse sono essenziali per la tutela dei suoi interessi in giudizio, circostanza che dovrà essere valutata “discrezionalmente” ^[90] dalla stazione appaltante avuto riguardo alle motivate e comprovate dichiarazioni delle parti ^[91].

Se la possibilità dell’accesso alle parti dell’offerta che rappresentano segreti tecnici e commerciali in caso di “stretta indispensabilità” costituisce il portato del dibattito giurisprudenziale formatosi sull’art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, altrettanto non può dirsi per l’accessibilità alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante coperte da diritti

di privativa intellettuale che costituisce, invece, un *novum* nelle limitazioni all'accesso, fisiologicamente connesso con l'incipiente digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti. Vista la novità di tale esclusione (*rectius* limitazione), si dovrà attendere l'applicazione che ne sarà fatta dalla giurisprudenza, evidenziando sin d'ora come la succitata disposizione vada letta insieme all'art. 30, d.lgs. n. 36/2023, dove sono previsti gli obblighi di pubblicazione e di conoscibilità in caso di uso di procedure automatizzate basate su soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti.

7. La messa a disposizione automatica delle offerte in piattaforma e il rito speciale sulle richieste di oscuramento

La disciplina più innovativa prevista dal Codice dei contratti relativamente all'istituto dell'accesso è contenuta nell'art. 36 (rubricato "Norme procedurali e processuali in materia di accesso") che prevede una serie di regole speciali (sia procedurali che processuali) per i partecipanti alla gara che non siano stati definitivamente esclusi.

Si è visto come l'art. 35 indichi che l'accesso vada esercitato in via digitale e come lo strumento scelto per la digitalizzazione sia costituito dalle piattaforme di approvvigionamento digitale. Il susseguente art. 36 prevede qualcosa in più, ossia, una sorta di "accessibilità automatica" degli atti di gara e delle offerte dei primi cinque soggetti partecipanti. Più precisamente, l'art. 36, comma 1 prescrive che, chi abbia partecipato alla gara e non sia stato escluso, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90, ha diritto di accedere in via diretta (ossia tramite piattaforma) all'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, oltre che ai verbali di gara e agli atti, ai dati e alle informazioni presupposti all'aggiudicazione. Il comma 2, poi, prevede un regime "differenziato" per gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, ai quali viene riconosciuto un diritto di accesso (automatico) più ampio, poiché ad essi sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, non solo gli atti di cui al comma 1, ma anche le offerte dagli stessi presentate.

Quindi, gli atti delle operazioni di gara e l'offerta dell'aggiudicatario sono messe a disposizione di tutti i partecipanti non esclusi^[92]; gli operatori economici che si

sono classificati nelle prime cinque posizioni, inoltre, hanno la possibilità di accedere (reciprocamente) alle offerte da loro presentate e, cioè, di quelle del secondo, del terzo, del quarto e del quinto partecipante (dato che l'offerta del primo è conoscibile da tutti)^[93]. In sostanza, per i primi cinque partecipanti è possibile accedere subito alle offerte degli altri (quattro) tramite l'accesso diretto in piattaforma, mentre per gli altri concorrenti non esclusi (dalla sesta posizione in poi), l'accesso alle offerte altrui è subordinato alla presentazione di un'istanza di accesso, a cui dovrà seguire un contraddittorio procedimentale e una risposta della stazione appaltante (o, ancora, un silenzio significativo).

Il successivo comma 3, poi, prescrive che, con la comunicazione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante debba indicare anche le decisioni assunte sulle (eventuali) motivate e comprovate richieste dei partecipanti di oscurare le parti delle proprie offerte ritenute come non ostensibili, poiché contenenti segreti tecnici o commerciali^[94].

A tal proposito, ai sensi del successivo art. 36, comma 4, i soggetti che vantano un interesse favorevole (il concorrente che ha formulato l'offerta) o contrario (il concorrente che ha interesse ad accedere all'offerta) all'oscuramento di parti dell'offerta, hanno l'onere di impugnare le decisioni della stazione appaltante sul punto (cioè la decisione di secretarle o meno) con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, secondo un rito speciale che segue le forme dell'art. 116 c.p.a., nell'ambito del quale, però, le parti intime possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso. Qualora la stazione appaltante decida di concedere l'oscuramento richiesto, *nulla quaestio*: l'offerta sarà messa a disposizione in modalità "oscurata" e i soggetti concorrenti che ne avranno l'interesse potranno agire per ottenere il suo completo disvelamento con il c.d. "rito dell'oscuramento"^[95]. Nel caso in cui, invece, la stazione appaltante ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente, essa non potrà mettere immediatamente a disposizione l'offerta completamente in chiaro.

L'art. 36, comma 5, infatti, prescrive che l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stata richiesto (ma non concesso) l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione di dieci giorni previsto dall'art. 36, comma 4^[96]. La stazione appaltante, quindi, valuta la sussistenza (o meno) delle ragioni di riservatezza dichiarate dalle parti per la presenza di segreti tecnici o commerciali

già nella fase procedimentale della valutazione delle offerte, quando verrà deciso in che misura l'offerta sarà ostensibile qualora risulti come quella a cui viene aggiudicata la gara (o come una delle altre quattro da mettere a disposizione tramite piattaforma^[97]). Occorre rilevare come tale decisione amministrativa nella fase di valutazione delle offerte impedisce di fatto una interlocuzione con il richiedente l'accesso, che avrà come momento per opporsi solo quello processuale e non anche quello procedimentale, potendo solo impugnare la decisione presa da parte dell'amministrazione, ma non anche presentare le proprie osservazioni antecedentemente, come capita in sede di ordinaria richiesta di accesso^[98].

L'art. 36, comma 6, poi, prevede che, in caso di ricorso avverso la decisione sull'oscuramento, la stazione appaltante possa inoltrare una segnalazione all'ANAC, la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'art. 222, comma 9 del Codice^[99], ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento^[100].

Il comma 7, invece, prevede la disciplina specifica del c.d. "rito dell'oscuramento" – che nel prosieguo del contributo verrà definito anche come "rito super-accelerato" – in ragione della ristrettezza dei termini scanditi per il suo svolgimento. Secondo detto rito, l'udienza in camera di consiglio deve tenersi nella prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al quinto giorno dal deposito del ricorso^[101]. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a un giorno libero prima della camera di consiglio e il ricorso viene deciso nella stessa udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione. La sentenza può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie.

Il successivo comma 8 precisa che il rito e i termini previsti ai commi 4 e 7 per il "rito super-accelerato" si applicano anche nei giudizi di impugnazione.

Infine, il comma 9 indica che il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella dell'aggiudicatario decorre comunque dalla comunicazione di cui all'art. 90, tornando sulla complessa questione del *dies a quo* del termine di impugnazione dei

provvedimenti di aggiudicazione, problema sul quale la giurisprudenza aveva trovato una soluzione, la cui tenuta va verificata alla luce del nuovo contesto normativo ^[102].

8. Accesso agli atti di gara e dilazione del termine di impugnazione dell'aggiudicazione

La decorrenza del termine per impugnare l'aggiudicazione è una questione ampiamente dibattuta in giurisprudenza che, complice l'ambiguità ed il difetto di coordinamento di alcune disposizioni normative, negli anni ha fatto sorgere soluzioni diverse nell'individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso ^[103].

Le problematiche interpretative sul punto sono sorte dalla frequente prassi di alcune stazioni appaltanti di comunicare il provvedimento di aggiudicazione senza fornire le motivazioni sulle quali lo stesso si fondava come, invece, specificamente previsto già dall'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006. Infatti, l'art. 120 c.p.a., contenente la disciplina del rito in materia di appalti pubblici, fin dalla sua introduzione, prevedeva che il termine di trenta giorni per impugnare l'aggiudicazione decorresse dalla comunicazione formale di cui al succitato art. 79.

Sulla lettura del combinato disposto degli artt. 120 c.pa. e 79, d.lgs. n. 163/2006 erano sorte tre differenti posizioni in giurisprudenza: la prima posizione (più rigorosa) propendeva per la decorrenza immediata del termine a prescindere dalla completezza e dall'esaustività della comunicazione ex art. 79 ^[104]; la seconda posizione (meno rigorosa) riconosceva la decorrenza del termine solo in caso di completezza ed esaustività di tale comunicazione ^[105]; la terza posizione (intermedia) consentiva un differimento del termine di impugnazione per i giorni necessari ad ottenere l'accesso agli atti (nel limite massimo di dieci giorni), posizione che col passare del tempo è poi divenuta quella prevalente ^[106].

La questione si è ulteriormente complicata con l'entrata in vigore del Codice del 2016 che ha provveduto ad abrogare l'art. 79, d.lgs. n. 163/2006 (sostituito dall'art. 76, d.lgs. n. 50/2016) in mancanza di una modifica dell'art. 120, comma 5 c.p.a. (che continuava a richiamare il succitato art. 79 abrogato e non il nuovo art. 76). La riforma del 2016, in questo modo, ha riproposto una spaccatura della

giurisprudenza in due contrapposti orientamenti: uno che predicava un'applicazione letterale del 120 c.p.a. con il conseguente onere di immediata impugnazione dal momento della conoscenza della lesività del provvedimento^[107]; l'altro che sosteneva la necessità di un'interpretazione adeguatrice della normativa (attraverso una lettura combinata tra l'art. 120, comma 5 c.p.a. e l'art. 76, d.lgs. n. 50/2016) per effetto della quale, in difetto di integrale ostensione degli atti di gara, sarebbe stato legittimo il differimento del termine di impugnazione di quindici giorni (maggiore rispetto ai dieci previsti nella vigenza del Codice del 2016)^[108].

Questo persistente contrasto giurisprudenziale ha portato la Sezione V del Consiglio di Stato^[109] a rimettere la questione all'Adunanza plenaria che si è pronunciata sul punto con la nota sentenza n. 12/2020^[110]. Tale pronuncia ha cristallizzato tre fondamentali regole sul tema: a) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29, d.lgs. n. 50/2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; b) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati; c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la dilazione temporale per il ricorso quando i motivi conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario.

La giurisprudenza successiva ha specificato meglio l'impianto delineato dalla Plenaria, fornendo una più precisa modulazione per stabilire il *dies a quo* del termine di impugnazione dell'aggiudicazione. Più precisamente: a) in linea di principio, il termine decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara (comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016); b) in alternativa, decorre dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio d'ufficio, delle informazioni di cui all'art. 76, d.lgs. n. 50/2016, ma solo a condizione che esse permettano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da consentire la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale; c) decorre con "dilazione temporale", nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti (se la stessa è presentata tempestivamente), qualora i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario; d) infine,

decorre dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati ^[111].

Il Codice del 2023 è intervenuto normativamente sul rapporto tra accesso e decorrenza del termine con il già citato art. 36, comma 9 secondo il quale il termine di impugnazione dell'aggiudicazione decorre comunque dalla comunicazione ex art. 90 ^[112]. Tale norma va letta in combinato disposto con l'art. 120, comma 2, c.p.a. che attualmente prevede che il termine di trenta giorni per l'impugnazione decorre (per il ricorso principale e per i motivi aggiunti), dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 90, d.lgs. n. 36/2023, oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'art. 36, commi 1 e 2 del medesimo Codice ^[113].

Il tema che si è posto in dottrina su tale nuovo impianto normativo è se il termine per l'ostensione di cui all'art. 36, comma 5 (dieci giorni) ovvero per la proposizione del ricorso per l'accesso ai sensi dell'art. 36, comma 4 (dieci giorni), abbia o meno effetti sospensivi sul termine di proposizione del ricorso contro l'aggiudicazione, che sembrerebbe decorrere comunque dalla sola comunicazione di aggiudicazione, come previsto dall'art. 36, comma 9 ^[114]. Sul punto, la soluzione maggiormente condivisibile alla luce del combinato disposto delle analizzate disposizioni è che l'intervenuta conoscenza successiva dei documenti secretati, eventualmente ottenuta all'esito del giudizio sull'accesso, potrebbe determinare tutt'al più la valida proposizione di motivi aggiunti, ma non un differimento del termine per l'impugnazione ^[115].

9. Questioni procedurali e processuali relative alla messa a disposizione degli atti in piattaforma e al c.d. “rito super-accelerato”

Si è visto come le novità più significative della disciplina sono sicuramente quelle che vengono dettate a livello procedimentale e processuale. A livello procedimentale, l'accesso ai documenti ora è da svolgersi in maniera digitalizzata, sia quando la trasmissione del documento è richiesta dalla parte con apposita istanza, sia quando l'ostensibilità è automatica, ossia nei casi in cui è prevista la messa a disposizione degli atti della procedura e delle offerte ad alcuni dei

concorrenti. A livello processuale, invece, viene introdotto un rito speciale per contestare le decisioni in materia di oscuramento delle offerte, che ricorda un po' quello previsto dal Codice del 2016 (poi abrogato) nei confronti dei provvedimenti di ammissione e di esclusione dalla gara^[116]. Tali novità, sicuramente apprezzabili nell'intento di incrementare il livello di accessibilità agli atti delle procedure di gara, porta seco anche alcune problematiche applicative di cui si proverà a dare brevemente conto^[117].

A livello procedimentale una prima problematica è data dal fatto che la nuova configurazione del sistema delle decisioni sull'oscuramento avviene in assenza di un contraddittorio procedimentale che coinvolga i soggetti interessati all'accesso^[118]. In sostanza, la pubblica amministrazione decide sulla base delle richieste motivate dell'operatore che chiede l'oscuramento, senza la partecipazione del soggetto che poi sarà interessato ad ottenerne l'ostensione, il quale avrà a disposizione solo lo strumento giurisdizionale per opporsi all'eventuale oscuramento di parti dell'offerta, non potendo presentare alla stazione appaltante le proprie osservazioni antecedentemente come capita, invece, in sede di ordinaria richiesta di accesso^[119].

Un altro problema operativo viene evidenziato con riferimento all'istituto dell'inversione procedimentale ex art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, in base alla quale la stazione appaltante può decidere di anticipare il momento di valutazione delle offerte tecniche ed economiche rispetto alla verifica della documentazione amministrativa^[120]. In questo caso si pongono due possibili alternative: per rendere disponibili in piattaforma le offerte dei partecipanti dal secondo al quinto, la stazione appaltante verificherà la documentazione amministrativa degli altri quattro partecipanti prima di esporla; oppure, la stazione appaltante effettuerà la verifica solo per accertare la sussistenza dei dati da oscurare e procedere alla messa a disposizione della documentazione amministrativa, senza effettuare anche la verifica dei requisiti di partecipazione^[121].

La soluzione prospettata dalla dottrina, nelle more di un intervento legislativo o giurisprudenziale chiarificatore, è quella secondo la quale la stazione appaltante dovrebbe procedere a decriptare la documentazione amministrativa non verificata (per i soggetti collocati dalla seconda alla quinta posizione) solo ai fini dell'oscuramento di eventuali dati o informazioni riservate presenti nella documentazione e ultronei rispetto a quanto richiesto ai fini della partecipazione

alla gara, senza procedere tuttavia alla verifica dei requisiti perché attività inutilmente dispendiosa, dando naturalmente conto di ciò alle parti attesa sia la necessità di ottemperare alla messa a disposizione ex lege dei documenti che alla norma che consente di non procedere a detta verifica avendo optato per l'applicazione dell'inversione procedimentale^[122].

A livello processuale, invece, il nuovo “rito super-accelerato” sulle decisioni in materia di oscuramenti ha fatto fin da subito discutere. Infatti, c'è chi ha posto in evidenza come si tratta dell'ennesima ipotesi di una disciplina processuale che si pone al di fuori del codice del processo amministrativo, il quale è stato emanato con l'obiettivo di unificare in un unico *corpus* normativo le disposizioni processuali del giudizio amministrativo^[123].

La principale criticità emersa a livello applicativo è sicuramente quella relativa al coordinamento del nuovo rito con le norme in materia di decorrenza del termine per l'impugnativa dell'aggiudicazione, di cui si è già dato conto in precedenza.

Un'altra criticità, poi, riguarda il perimetro applicativo di questo nuovo rito speciale. Infatti, in dottrina è sorto il dubbio se esso debba essere utilizzato (*rectius* rispettato) solo dai primi cinque soggetti in graduatoria (che hanno reciprocamente accesso alle offerte con le relative decisioni sugli oscuramenti) o anche dagli altri collocatisi dalla sesta posizione in poi^[124]. Sul punto occorre ritenere che i soggetti classificatisi dopo la quinta posizione debbano utilizzare il “rito super-accelerato” solo per accedere all'offerta oscurata dell'aggiudicatario e non anche per accedere alle offerte degli altri primi cinque concorrenti, per l'accesso delle quali si applicherà l'ordinario rito ex art. 116 c.p.a. Premesso il fatto che risulta difficile, o quantomeno non particolarmente frequente, riscontrare la sussistenza di un interesse all'ostensione da parte di un soggetto arrivato dopo il quinto posto in graduatoria, qualora vi fosse tale interesse, il richiedente dovrà presentare tempestivamente istanza di accesso agli atti con ciò che ne consegue in termini procedurali e processuali, secondo le regole ordinarie previste dagli artt. 22 ss., l. n. 241/1990 e 116 c.p.a.^[125]

10. Una ricostruzione dell'accessibilità agli atti di gara a geometrie variabili

Dall'analisi svolta sulla disciplina del nuovo accesso agli atti di gara emerge un

affresco molto composito. Una volta intervenute l'aggiudicazione e la comunicazione digitale della stessa, tutti i partecipanti non esclusi in modo definitivo dalla gara possono accedere, direttamente, mediante piattaforma, a tutti gli atti della procedura che costituiscono un presupposto all'aggiudicazione (ossia, l'offerta dell'aggiudicatario, i verbali, gli atti, i dati e le informazioni, ad eccezione delle offerte dei quattro operatori successivi al primo in graduatoria), mentre i primi cinque concorrenti in graduatoria hanno diritto ad accedere, sempre mediante piattaforma, anche alle reciproche offerte, fatto salvo il caso in cui vi siano stati degli oscuramenti da parte della pubblica amministrazione¹²⁶.

Il complessivo sistema di accessibilità agli atti, pertanto, varia a seconda della posizione del soggetto richiedente con riferimento alla procedura di gara e alla tipologia di atti oggetto della richiesta. Di seguito, pertanto, si proveranno ad enucleare le varie tipologie di accesso che sono azionabili a seconda dello *status* dei soggetti richiedenti.

I soggetti che hanno un minor potere di accesso sono quelli che sono "estranei" alla procedura (*quisque de populo*) e i concorrenti esclusi definitivamente dalla stessa. Essi possono accedere (a titolo di accesso civico semplice, generalizzato e documentale) ai sensi e nei limiti previsti dall'art. 35 del Codice relativamente alle ipotesi di differimento ed esclusione. Pertanto, alla domanda di accesso seguirà una fase di contraddittorio procedimentale e una risposta (espressa o tacita) che potrà essere impugnata dal richiedente davanti al giudice amministrativo con rito ex art. 116 c.p.a.

I concorrenti che hanno partecipato alla gara e che non sono stati esclusi, invece, hanno delle facilitazioni rispetto alla prima categoria, che consistono nel poter visionare tutti gli atti, i verbali, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione e l'offerta del soggetto aggiudicatario, mediante accesso diretto alla piattaforma. La visibilità di tali atti, pertanto, per loro è automatica e prescinde da una richiesta in merito sulla quale la stazione appaltante debba pronunciarsi. Qualora, invece, tali soggetti vogliano accedere alle offerte degli altri concorrenti diversi dall'aggiudicatario, dovranno proporre una specifica richiesta di accesso agli atti, secondo il tradizionale schema procedimentale che implica la partecipazione del controinteressato.

I primi cinque classificati in graduatoria, invece, sono assoggettati ad un diverso regime, ancora più facilitato, per effetto del quale sussiste a loro favore un diritto

alla immediata e diretta accessibilità reciproca delle offerte, a cui corrisponde un obbligo a carico della stazione appaltante di mettere a disposizione tramite la piattaforma le offerte presentate. I primi cinque operatori, pertanto, non devono presentare alcuna richiesta di accesso¹¹²⁷. La loro piena accessibilità nei confronti delle offerte di controparte, però, può essere ostacolata dall'oscuramento da parte dei concorrenti di parti delle loro offerte. Nel caso di oscuramento delle offerte, infatti, la pubblica amministrazione deve indicare, nella comunicazione di aggiudicazione inviata a tutti i partecipanti alla gara non definitivamente esclusi, la propria decisione sulle richieste di oscuramento relative alle offerte presentate dai soli primi cinque offerenti in gara (art. 36, comma 3).

In caso di oscuramento, quindi, occorre distinguere ulteriormente la posizione dei primi cinque e degli altri concorrenti non esclusi: per quanto riguarda i primi cinque, gli stessi saranno obbligati ad impugnare le decisioni della stazione appaltante entro il termine di dieci giorni ex art. 36, comma 4; per quanto riguarda i soggetti classificatisi oltre il quinto posto, invece, si deve ritenere che gli stessi non siano vincolati al rispetto della decorrenza del termine di dieci giorni per l'impugnativa delle determinazioni dell'amministrazione sulle istanze di oscuramento, data l'assenza della conoscenza delle offerte oggetto di oscuramento, a loro non messe a disposizione.

Non vi è chi non veda come tale sistema, che sicuramente ha il pregio di implementare notevolmente gli strumenti di accessibilità a disposizione degli operatori economici che partecipano ad una gara, presenti una serie di "diritti di accesso differenziati" a seconda della posizione del soggetto richiedente e, soprattutto, una serie di modalità differenziate per ottenere l'ostensione dei vari atti di gara. Questa differenziazione, a parte i dubbi ontologici che potrebbe far sorgere con i principi di concorrenza e di parità di trattamento nell'ambito delle procedure di gara, è idonea a generare incertezze negli operatori economici sul rito da esperire per ottenere in sede giurisdizionale l'accessibilità agli atti e alle informazioni di gara richieste e non ottenute dalla stazione appaltante.

11. Accesso e intelligenza artificiale: conoscibilità e comprensività delle decisioni assunte mediante automazione

L'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione da parte della

pubblica amministrazione, al fine di raggiungere una progressiva digitalizzazione dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, costituisce una tendenza evolutiva ormai consolidata^[128]. La c.d. attività amministrativa algoritmica (o robotica), ossia l'implementazione di sistemi di intelligenza artificiale da parte della pubblica amministrazione per lo svolgimento delle proprie funzioni e per l'adozione delle proprie decisioni, è un tema in continuo divenire che ormai è da anni al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sviluppatosi nell'assenza di un impianto normativo a riguardo^[129].

Nelle sue pronunce più recenti la giurisprudenza amministrativa, in particolare quella del Consiglio di Stato, è giunta ad enucleare un catalogo di principi di carattere generale ai quali dovrebbe uniformarsi l'attività amministrativa algoritmica. Essi sono il principio di conoscibilità dell'algoritmo, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e il principio di non discriminazione algoritmica^[130]. Questi principi costituiscono i tre "pilastri" della c.d. "legittimità algoritmica", indicando le condizioni di legittimità delle decisioni automatizzate della pubblica amministrazione^[131].

Con il vigente Codice dei contratti, seppur limitatamente all'attività contrattuale, il legislatore ha introdotto la prima norma nazionale prevedente una disciplina espressa sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'attività amministrativa^[132]. L'art. 30, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 disciplina l'utilizzo delle procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici, prescrivendo che le stazioni appaltanti, ai fini dell'implementazione del principio di efficienza, provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti.

Nei successivi commi della disposizione, il legislatore ha codificato i suindicati principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di "legittimità algoritmica", prevedendo che le decisioni assunte mediante automazione debbano rispettare i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui deve comunque esistere, nel processo decisionale, un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non

discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici^[133].

Il Codice pone particolare attenzione al primo di questi tre principi, ossia a quello della conoscibilità e comprensibilità del processo decisionale automatizzato, a cui dedica altre due disposizioni: la prima, secondo la quale nell'acquisto o nello sviluppo delle soluzioni di automazione le stazioni appaltanti devono assicurare la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento^[134]; la seconda, secondo la quale le pubbliche amministrazioni pubblicano sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", l'elenco delle soluzioni tecnologiche utilizzate ai fini dello svolgimento della propria attività^[135].

Restando aderenti allo specifico tema del presente contributo, pare interessante soffermarsi sulle possibili interazioni tra l'articolata disciplina normativa dell'accesso agli atti di gara prevista agli artt. 35 e 36, con l'accessibilità agli strumenti di automazione di cui all'art. 30.

A tal proposito, occorre evidenziare come l'accessibilità e la conoscibilità della decisione algoritmica (e dei meccanismi ad essa sottesi) si è affermata progressivamente e non senza battute di arresto nell'ambito dell'attività amministrativa^[136]. Senza poter ripercorrere interamente il dibattito sul punto, in tal sede ci si limita ad evidenziare come l'approdo a cui è giunta la nostra giurisprudenza è quello di assicurare un livello più elevato di conoscibilità delle decisioni amministrative qualora queste siano state adottate sulla base di meccanismi automatizzati, specie se di natura avanzata; infatti, relativamente alle decisioni automatizzate, il rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa richiede non solo la conoscenza del codice sorgente, ma anche la conoscenza dei dati e delle fasi del processo decisionale secondo una declinazione del suddetto principio che sposta la riflessione giuridica in materia dal diritto di accedere ai singoli atti amministrativi al diritto di comprendere l'intero sviluppo del procedimento amministrativo automatizzato^[137].

Prevedibilmente la tematica dell'accessibilità alle decisioni algoritmiche nell'ambito dei contratti pubblici si svilupperà contestualmente all'incremento del loro utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni nelle procedure di gara. Ma sin d'ora si può affermare come, dalla formulazione dell'art. 30, sembra che

un obbligo di comunicazione “automatica” (*rectius*, senza alcuna richiesta), attraverso la pubblicazione, sia limitato all’indicazione dell’elenco delle soluzioni tecnologiche utilizzate. Per le ulteriori informazioni che l’operatore economico vorrà conoscere, invece, dovrà formulare una richiesta di accesso, anche se non è escluso che le stazioni appaltanti decidano di agire mediante altre forme (*ex ante* e generalizzate) di comunicazione ai concorrenti^[138]. E nel caso in cui l’interesse all’accesso entri in conflitto con la tutela della segretezza connessa ai *software* di tipo “proprietario”, occorrerà che la stazione appaltante effettui un giudizio di bilanciamento tra diritti di privativa intellettuale e il diritto alla conoscibilità della decisione automatizzata, alla luce del criterio della stretta indispensabilità prescritta dall’art. 35, comma 5.

12. Alcune brevi considerazioni sui possibili profili evolutivi della disciplina

La disciplina dell’accesso prevista dal vigente Codice dei contratti ha sicuramente determinato un consistente “cambio di passo” nella trasparenza delle procedure di gara, sia attraverso la generalizzata digitalizzazione dell’accesso, che attraverso la messa a disposizione degli atti e delle offerte di gara ad alcuni dei partecipanti. Il sistema designato dal legislatore, però, pur apprezzabile nell’intento di accrescere la trasparenza nel settore dei contratti pubblici, a parere di chi scrive, è idoneo ad ingenerare una disparità di trattamento tra gli operatori economici che godono di livelli di accessibilità agli atti di gara più o meno “facilitati” a seconda della loro posizione in graduatoria.

Prima di provare a tracciare i possibili profili evolutivi della disciplina, pare opportuno fissare i punti cardine della stessa, nelle more di una più completa esegesi della dottrina e delle soluzioni delle criticità applicative che verranno offerte dalla giurisprudenza.

Innanzitutto, il Codice ha (finalmente) recepito a livello legislativo la piena esperibilità dell’accesso civico (semplice e generalizzato) nell’ambito delle procedure di gara, già affermatasi in giurisprudenza a seguito della pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 10/2020. L’accesso civico generalizzato si affianca così all’accesso documentale che va declinato nei più stringenti limiti dell’art. 35, d.lgs. n. 36/2023 il quale, sostanzialmente, ripropone la disciplina già prevista dai

due previgenti Codici dei contratti. Le cause di differimento e i limiti all'accessibilità agli atti sono rimasti sostanzialmente gli stessi tranne alcune modifiche, tra le quali sicuramente spicca la cristallizzazione della "indispensabilità defensionale" come criterio discretivo da utilizzare nel bilanciamento tra accessibilità e segretezza in presenza di segreti tecnici o commerciali^[139].

Le novità più significative della disciplina dell'accesso, però, sono sicuramente quelle che vengono dettate a livello procedimentale e processuale. A livello procedimentale, l'accesso ai documenti si deve svolgere in maniera "digitalizzata", sia quando l'accesso avviene su richiesta dalla parte, sia quando l'ostensione è automatica, ossia nei casi in cui è prevista la messa a disposizione su piattaforma degli atti della procedura e delle offerte di alcuni dei concorrenti. A livello processuale, invece, viene introdotto un "rito super-accelerato" per contestare le decisioni in materia di oscuramento delle offerte. Ed è proprio su questi meccanismi procedimentali e processuali che si può provare a tracciare qualche riflessione critica.

In primis, a livello procedimentale, si è rilevato come la decisione amministrativa sulle richieste di oscuramento nella fase di valutazione delle offerte impedisca di fatto una interlocuzione con i soggetti potenzialmente interessati all'accesso, che avranno come momento per opporsi solo quello processuale.

Secondariamente, a livello processuale, il "rito super-accelerato", pur essendo idoneo a garantire una tutela effettiva all'operatore che segnala esigenze di segretezza su parti della propria offerta, presenta il persistente problematico coordinamento con il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, oltre ad alcune incertezze sul suo perimetro applicativo dal punto di vista soggettivo. A parere di chi scrive, forse, sarebbe stato preferibile disporre l'automatica messa a disposizione in piattaforma di tutte le offerte degli operatori economici in modo che non vi fosse una differenziazione nel novero degli strumenti di accessibilità tra i diversi soggetti che hanno partecipato alla gara in ragione del punteggio loro attribuito. Infatti, grazie all'incipiente digitalizzazione delle procedure di gara, tale generalizzata messa a disposizione degli atti non dovrebbe comportare un aggravamento eccessivo in termini di attività da svolgere da parte delle stazioni appaltanti (al netto delle valutazioni sugli oscuramenti delle offerte), che ben potranno giovare di meccanismi automatizzati per l'espletamento di tali

incombenze.

A tal proposito, l'art. 30 del Codice prevede una innovativa regolamentazione specifica sull'automazione, codificando per la prima volta l'utilizzo di quei principi giurisprudenziali secondo i quali, in presenza di meccanismi decisionali automatizzati, specie se assistiti da intelligenza artificiale, una corretta attuazione del principio di trasparenza richiede l'accessibilità a tutti quei dati e a quelle informazioni che permettono all'interessato di comprendere adeguatamente l'intero sviluppo del procedimento amministrativo automatizzato. In ragione di un tanto i meccanismi delineati in materia di accesso agli atti saranno cruciali nella presumibile ed auspicabile diffusione dei sistemi automatizzati assistiti da intelligenza artificiale nell'ambito delle procedure di gara.

Appare più difficile, invece, ipotizzare la misura dell'utilizzo di meccanismi di intelligenza artificiale nell'attività decisionale delle pubbliche amministrazioni in merito alle istanze ostensive, utilizzo che è già stato preconizzato da attenta dottrina che ha già messo in luce le potenzialità degli strumenti di automazione nell'ambito della disciplina dell'accesso^[140]. Quantomeno nell'immediato, però, non pare semplice immaginare una procedura di accesso interamente automatizzata e assistita da meccanismi di intelligenza artificiale, almeno con riferimento a quelle istanze di accesso che involgono la presenza di valutazioni discrezionali della pubblica amministrazione, dato il problematico rapporto tra l'utilizzo degli algoritmi con riferimento all'attività discrezionale^[141]. Tali strumenti di automazione, però, possono sicuramente efficientare alcune fasi dei processi di messa a disposizione della documentazione di gara o dei procedimenti digitali di accesso agli atti, nel rispetto della cornice regolatoria delineata dal nuovo Codice^[142].

Alla luce dei suindicati rilievi, pertanto, appare presto per tracciare un bilancio sulla disciplina dell'accesso agli atti di gara a pochi mesi della sua effettiva entrata in vigore, poiché occorrerà attendere l'applicazione che della stessa faranno le stazioni appaltanti e le soluzioni giurisprudenziali che interverranno sulle suindicate criticità applicative.

Quello che si può sostenere sin d'ora è che la digitalizzazione dell'accesso in materia contrattuale costituisce sicuramente un esempio virtuoso che si spera possa fungere da volano per una digitalizzazione e un'automazione delle procedure di accesso anche al di fuori dell'ambito dell'attività contrattuale della

pubblica amministrazione^[143], dato che le basi normative e gli strumenti per detta evoluzione sono già presenti da diversi anni nel nostro ordinamento, sia nell'art. 3-bis, l. n. 241/1990^[144] che nell'art. 15, C.A.D. (d.lgs. n. 82/2005)^[145].

1. Sul rapporto “inverso” tra trasparenza e corruzione si rimanda al contributo di E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 497 ss., anche per gli ampi riferimenti bibliografici sul tema. Secondo l'A. «Che tra “corruzione” e “trasparenza” vi sia uno stretto rapporto è affermazione così scontata da risultare spesso “auto-evidente”: un punto di partenza indiscusso dei discorsi sulla prevenzione della “maladministration”. In effetti, la percezione di uno stretto nesso tra visibilità delle azioni e loro correttezza può ricondursi quantomeno a Platone, che ne “La Repubblica”, discutendo di giustizia e inclinazioni umane sviluppava nel II libro un dialogo intorno al mito dell’anello di Gige. Anche una persona apparentemente “giusta” può essere portata a compiere le peggiori nefandezze se sa di essere protetto dall’impunità che dà il fatto di non essere visibile». Il riferimento è al mito dell’anello in grado di rendere invisibili e, quindi, utilizzato da Gige per procurarsi ricchezze e commettere ingiustizie. Sul tema si segnalano anche i contributi di: V. Fanti, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, in *Giustamm.it*, 2016; B. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 123 ss.; A. Police, *New instruments of control over public corruption: the italian reform to restore transparency and accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 189 ss.
2. Sul bilanciamento tra segreto tecnico e commerciale e l’accessibilità agli atti di gara vedasi il recente contributo di G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d’accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell’attività amministrativa e tecniche di tutela*, in *Pers. e Amm.*, 2022, p. 558 ss.
3. Esemplificativa a tal riguardo è la questione sull’applicabilità o meno dell’accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici, problematica sulla quale si ritornerà nel prosieguo del presente contributo.
4. La disciplina sull’accesso agli atti di gara attualmente è prevista dall’art. 35, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato “Accesso agli atti e riservatezza”) che prevede le regole generali e i limiti all’accessibilità della documentazione di gara e dall’art. 36, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato “Norme procedurali e processuali in tema di accesso”) che disciplina le modalità procedurali dell’accesso e i rimedi processuali per garantirne l’effettiva fruizione.
5. A norma dell’art. 229, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato “Entrata in vigore”), il Codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023 (art. 229, comma 1), ma le sue disposizioni acquistano efficacia il 1° luglio 2023 (art. 229, comma 2). Ma sono molte le deroghe previste a tale disciplina generale sull’efficacia temporale previste da disposizioni transitorie all’interno del Codice stesso. Ai fini dell’analisi dell’accesso agli atti di gara ci si limita a segnalare che l’art. 53, d.lgs. n. 50/2016 si è continuato ad applicare fino al 31 dicembre 2023. Pertanto, gli artt. 35 e 36 hanno acquistato efficacia a partire dal 1° gennaio 2024.

6. Per un'introduzione sull'applicazione degli strumenti di ICT alla pubblica amministrazione si vedano: G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. del fed.*, 2019, p. 593 ss.; R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020; J.B. Auby, G. De Minico, G. Orsoni (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte. Atti del Convegno di Napoli, 9-10 maggio 2022*, Editoriale Scientifica Napoli, 2023; L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Il Mulino, Bologna, 2023.
7. Per un primo commento sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti si rinvia a: G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 26 aprile 2023; D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023; G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Istit. del fed.*, 2023, p. 357 ss.; G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023.
8. Sul principio di trasparenza, senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano: R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528 ss., 15; R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 416 ss.; S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 46 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995; Id., *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5945 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 101 ss.; F. Merloni, G. Corso, G. Gardini, C. Marzuoli (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008; B. Ponti, *La nuova trasparenza amministrativa e la libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli Editore, Rimini, 2016; M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna, M. Spasiano (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 141 ss.; M. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 117 ss.; A. Corrado (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, E.S.I., Napoli, 2018; G. Gardini, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Maggioli Editore, Rimini, 2019, p. 17 ss.; E. Carloni, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022.
9. L'immagine della pubblica amministrazione come una "casa di vetro" si deve a Filippo Turati che, nel lontano 1908, in un discorso alla Camera dei deputati, affermava come «Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa

- dell'Amministrazione dovrebbe essere di vetro»* (in Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962).
10. Per una panoramica di questa evoluzione normativa si rinvia anche a: D.U. Galetta, *Trasparenza e accesso agli atti*, in *Il Libro dell'anno - Treccani*, 2017, p. 177 ss.; C. De Benetti, *Diritto di accesso agli atti ex lege 241/1990 e "nuovo" accesso civico "generalizzato" ex d.lgs. 97/16: qualche criticità nella sovrapposizione dei procedimenti*, in *Giustamm.it*, 2017.
 11. Antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 241/1990, la regola generale prevista dall'art 15 d.P.R. n. 3/1957 (Testo unico sugli impiegati civili dello Stato) era quella della riservatezza e del segreto d'ufficio. Si riteneva, cioè, che i principi del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa dovessero essere garantiti evitando che il procedimento di formazione della decisione amministrativa fosse influenzato dagli interessi dei soggetti coinvolti a meno che ciò non fosse espressamente previsto da una previsione di legge.
 12. In tal senso A. Del Prete, *Criticità e prospettive del diritto di accesso generalizzato*, in *Nuove Autonomie*, 2017, p. 507.
 13. L'art. 22, comma 1, l. n. 241/1990, nella sua versione originaria, prevedeva che: *«Al fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti il diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo le modalità stabilite dalla presente legge»*.
 14. Il riformato art. 24, comma 3, l. n. 241/1990, prevede che *«Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»*. Nella medesima direzione, poi, il novellato comma 7 del medesimo art. 24 prescrive che: *«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. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale»*.
 15. L'art. 22, comma 2, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 15, comma 1, l. n. 15/2005 e dall'art. 10, comma 1, lett. a), l. n. 69/2009, prevede che: *«L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»*.
 16. L'art. 3, comma 6-*decies*, l. n. 80/2005 ha aggiunto al comma 5 dell'art. 25, l. n. 241/1990 il seguente periodo: *«Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»*. Questa devoluzione, poi, è stata confermata anche dal Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) che all'art. 133 (rubricato "Materie di giurisdizione esclusiva") include anche le controversie in materia di *«diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli*

obblighi di trasparenza amministrativa» (art. 133, comma 1, n. 6, c.p.a.). Per un'analisi storico-evolutiva della giurisdizione esclusiva si rinvia al contributo monografico di A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, CEDAM, Padova, 2000. Sull'ampliamento della giurisdizione esclusiva ad opera del d.lgs. n. 80/1998 anche alla luce della nota sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, tra i tanti contributi si segnala: A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2598 ss. Per un commento sull'assetto della giurisdizione esclusiva così come recepita nel Codice del processo amministrativo, invece, si veda: M.C. Cavallaro, *Brevi riflessioni sulla giurisdizione esclusiva nel nuovo codice sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1365 ss.

17. Sulla natura giuridica dell'accesso ai documenti amministrativi c'è sempre stata (e continua ad esserci) diversità di vedute sia in dottrina che in giurisprudenza, anche se la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle relative controversie ha di fatto risolto il problema del riparto di giurisdizione che costituiva il principale corollario di questo dibattito anteriormente al 2005. Sul punto si sono contrapposte due diverse tesi: una prima tesi qualifica il diritto di accesso come un diritto soggettivo, facendo leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri spettanti all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, poteri attraverso i quali verrebbe verificata la mera sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso, senza l'esercizio di un potere discrezionale. In dottrina in tale direzione si segnalano F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui principi sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 262 ss.; A. Ferrucci, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2005; L. Lamberti, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la legge 15/2005*, in *Giustamm.it*, 2005. In giurisprudenza, *ex multis*, vedasi: Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1772, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo un'opposta tesi, invece, il diritto di accesso non va considerato come un vero e proprio diritto soggettivo (in antitesi al brocardo *nomen omen*) bensì come un interesse legittimo, poiché, stante la verifica delle esclusioni normativamente previste, residuerebbe comunque alla pubblica amministrazione (quantomeno in alcuni casi) un bilanciamento tra le contrapposte esigenze (*rectius* interessi) della pubblica amministrazione e dei privati. In tal senso si segnalano: L. Mazarolli, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, CEDAM, Padova, 1998; G. Morbidelli, G. Paleologo, *La legge 1990 n. 241; procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 8 ss.; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. IV, 2000; A. Police, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Jovene editore, Napoli, 2006, p. 461 ss.; G. Virga, *L'araba fenice della natura giuridica del diritto d'accesso*, in *Lexitalia.it*, 2006. La tesi del diritto di accesso

come interesse legittimo è stata sposata dalla nota sentenza, Cons. St., Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 148 ss., con nota di C. Cacciavillani, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*, ivi. L'Adunanza plenaria è tornata ad occuparsi della natura giuridica del diritto di accesso nel 2006 (Cons. St., Ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6, in *Dir. proc. amm.* 2007, p. 156 ss., con nota di L. Bertonazzi, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006, con cui l'Adunanza Plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa estensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, ivi) quando, non assumendo una posizione netta sulla questione, si è limitata ad evidenziare come il diritto di accesso abbia natura strumentale rispetto alla tutela di altra posizione giuridica comunque tutelata dal legislatore, sia essa di diritto o di interesse. Sul diritto di accesso come posizione strumentale si veda anche in dottrina: M. Clarich, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 132 ss. Per una "rimeditazione" più recente della problematica della natura giuridica dell'accesso si rinvia a: F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, in *Federalismi.it*, 2019, pp. 27-29.

18. Per un commento a detto regolamento si rinvia ad A. Simionati, *Il regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1060 ss.
19. Sul punto vedasi D.U. Galetta, *Trasparenza e accesso agli atti*, cit., p. 177.
20. Il d.lgs. n. 33/2013 è stato adottato sulla base della delega prevista dall'art. 1, commi 35 e 36, l. n. 190/2012 e prevede un riordino complessivo in materia di trasparenza amministrativa. Per un commento sull'introduzione del d.lgs. n. 33/2013 si rinvia a: M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la declinazione duplice del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 657 ss.; P. Marsocci, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. n. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 687 ss.; A. Bonomo, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 725 ss.; M. Clarich, *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in "case di vetro"*, in *Guida dir.*, 2013, p. 64 ss.; B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli Editore, Rimini, 2013; M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 795 ss.; M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in B.G. Mattarella, M. Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 113 ss.; A. Simionati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 749 ss.; M. Bombardelli, *La trasparenza e gli obblighi di pubblicazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2014; L. Califano, C. Colapietro (a cura di), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; A. Contieri, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 563 ss.; G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa*, in

- Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 875 ss.; M.C. Cavallaro, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 121 ss.; M. Spasiano, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 2015 p. 63 ss.; S. Vaccari, *Il difficile bilanciamento tra favor per la trasparenza e (necessaria) tutela della riservatezza nel d.lgs. 33/2013*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 151 ss.
21. Art. 5, comma 1, lgs. n. 33/2013, secondo il quale «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».
 22. Con l'art. 7, l. n. 124/2015 (c.d. Legge Madia) il Legislatore ha previsto una delega al Governo affinché adottasse uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive al d.lgs. n. 33/2013. In attuazione a questa delega è stato emanato il d.lgs. n. 97/2016 (rubricato "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza"), con il quale il Legislatore non si è limitato ad apportare modifiche alla precedente normativa ma ha, altresì, introdotto *ex novo* un'ulteriore tipologia di accesso ai documenti (e ai dati) detenuti dalle pubbliche amministrazioni.
 23. Il riferimento è alla Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, avente ad oggetto le «*Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*».
 24. Ai sensi dell'art. 5, comma 2, lgs. n. 33/2013.
 25. Sull'introduzione del Foia nel nostro ordinamento vedasi E. Carloni, *Se questo è un FOIA. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid.it*, 2016; D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 2016; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, p. 593 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 2016; D.U. Galetta, P. Provenzano, *Sul d.lgs. n. 97/2016, recante modifiche alla disciplina sulla trasparenza e sulla prevenzione della corruzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa. La legge n. 241/1990 nei provvedimenti attuativi della riforma Madia*, Giuffrè, Milano, 2016; G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 2017; M. Renna, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza diffusa dei documenti amministrativi*, in G. De Giorgi Cezzi, G. Greco, G. Morbidelli, P.L. Portaluri, F.G. Scoca (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, E.S.I., Napoli, 2018, p. 711 ss.; A. Molinterni, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 23 ss.
 26. Il Foia nell'ordinamento Unione europea è disciplinato dal regolamento (CE) n. 1049/2001 che ha come obiettivo quello di assicurare l'accesso agli atti delle istituzioni europee al fine di implementare la loro trasparenza. Per un commento al regolamento si rinvia a: D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica*

- amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 1019 ss.; G. Sgueo, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. Natalini, G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 163 ss.
27. Per una panoramica sull'esperienza degli ordinamenti europei ed internazionali si rinvia a B.G. Mattarella, M. Savino (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
 28. Per un confronto con l'esperienza americana si rinvia al contributo di A. Marchetti, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma "Madia": anche l'Italia ha adottato il proprio Foia? Una comparazione con il modello statunitense*, in *Federalismi.it*, 2017.
 29. La bibliografia in materia di accesso ai documenti amministrativi è sterminata. Tra le voci enciclopediche si segnalano: M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit.; C.E. Gallo, S. Foà, *Accesso agli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2011. Tra i contributi monografici meritano una menzione: L. Mazzaroli, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, CEDAM, Padova, 1998; A. Corrado, *La disciplina dell'accesso ai documenti*, in A. Corrado (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., p. 115 ss.; A. Simonati, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2002. Tra gli altri contributi più recenti, invece, si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 11 ss.; F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 743 ss.; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, cit. Per un esaustivo elenco dei principali riferimenti bibliografici sull'istituto si rinvia a: A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 2017, p. 1209 ss.
 30. Ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b) e lett. c), l. n. 241/1990.
 31. L'art. 24, l. n. 241/1990 individua le categorie di documenti per i quali va escluso l'esercizio dell'accesso.
 32. In questi termini si veda F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, cit., p. 17 ss. Tale denominazione è perfettamente in sintonia con la disposizione dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, secondo la 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*». Questa prescrizione, però, deve essere letta insieme alla restante parte della disposizione che impone il bilanciamento con la contrapposta esigenza della tutela della privacy in caso di dati sensibili e giudiziari, prevedendo che «*Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei*

a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». Nel bilanciamento tra l'accesso e la tutela della riservatezza dei controinteressati, infatti, risiede la maggiore problematica dell'accesso documentale. Senza alcuna pretesa di ricostruzione del composito problema di armonizzazione, che non può prescindere dalla contestualizzazione allo specifico caso di specie che viene di volta in volta in rilievo, sul rapporto tra accesso e riservatezza si segnalano i contributi monografici di: M.T. Caputi Jambrenghi, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, Cacucci, Bari, 2000; A. Simonati, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, cit. e G. Pepe, *L'accesso ai dati delle Pubbliche Amministrazioni. Tra libertà di informazione e tutela della riservatezza*, Giappichelli, Torino, 2018. Tra gli altri contributi sul tema si segnalano *ex multis*: M. Clarich, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 430 ss.; G.P. Cirillo, *Diritto all'accesso e diritto alla riservatezza: un difficile equilibrio mobile*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004; F. Patroni Griffi, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 2013; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, cit., p. 19 ss.; C. Colapietro, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *Federalismi.it*, 2020. Su tale problematico rapporto si segnala anche la recente e importante sentenza Cons. St., ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.com*. Per un commento a tale pronuncia vedasi: V. Mirra, *Accesso difensivo e riservatezza: due diritti in conflitto*, in *Foro it.*, 2021, p. 550 ss.

33. Sull'accesso civico semplice e sugli obblighi di pubblicazione della pubblica amministrazione di cui al d.lgs. n. 33/2013, tra i tanti contributi, si segnalano: B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, cit.; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, cit., p. 749 ss.; A. Bonomo, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, cit., p. 725 ss.; M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Ist. fed.*, 2013, p. 425 ss.; S. Toschei, *Accesso civico: per l'utente arriva l'azione diffusa*, in *Guida dir.*, 2013, p. 73 ss.; M. D'Arienzo, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, p. 123 ss.; M. Renna, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza diffusa dei documenti amministrativi*, cit., p. 711 ss.
34. Secondo S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, cit., p. 5, «L'accesso civico 2013, più che una forma di accesso ai documenti amministrativi in senso classico, ossia come interesse di un soggetto a "prenderne visione" ed "estrarne (eventualmente) copia", appare un rimedio nelle mani del privato per "pungolare" l'amministrazione recalcitrante a pubblicare documenti che per legge aveva già l'obbligo di rendere noti. In sostanza uno strumento funzionale all'emersione di inadempimenti amministrativi».
35. A. Corrado, *La disciplina dell'accesso civico semplice*, cit., p. 145.

36. S. Toschei, *Trasparenza e accesso (documentale e civico) nel sistema di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, Rimini, 2023, p. 111.
37. La disciplina introdotta inizialmente dall'art. 5, d.lgs. n. 33/2013, che prevedeva solo l'accesso relativo ai documenti non pubblicati dalla pubblica amministrazione, è stata riscritta integralmente con il d.lgs. n. 97/2016 che ha "duplicato" la fattispecie dell'accesso civico. Attualmente, al comma 1 è previsto il c.d. accesso civico semplice, relativo alla possibilità richiedere l'accesso agli atti non pubblicati dalla pubblica amministrazione, mentre al comma 2 è previsto il c.d. accesso civico generalizzato, che riguarda il diritto di conoscere gli atti ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione, purché detta esibizione sia compatibile con i limiti normativamente imposti a tutela degli interessi pubblici e privati.
38. Sull'istituto dell'accesso civico generalizzato si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 579 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, cit.; A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 601 ss.; A. Porporato, *Il nuovo accesso civico generalizzato introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Federalismi.it*, 2017; G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: l'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit.; A. Corrado, *La disciplina dell'accesso civico generalizzato*, in A. Corrado (a cura di), *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., p. 155 ss.; 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 *Federalismi.it*, 2018; M. Lipari, *Il diritto di accesso e la sua frammentazione dalla legge n. 241/1990 all'accesso civico: il problema delle esclusioni e delle limitazioni oggettive*, in *Federalismi.it*, 2019; M. Filice, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 861 ss.; M. De Rosa, B. Neri, *Profili procedurali dell'accesso generalizzato*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 793 ss.; I. Piazza, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 645 ss.; A. Molinterni, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 577 ss.; A. Molinterni, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, cit., p. 23 ss.; N. Vettori, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 539 ss.; M. Savino, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 452 ss.; E. Guarnieri, *Accesso civico generalizzato: arbitri e arbitrari*, in *Federalismi.it*, 2020.
39. Secondo A. Corrado, *La disciplina dell'accesso civico generalizzato*, cit., pp. 162-163: «sebbene il co. 2 dell'art. 5 del d.lg. 33/2013 non includa espressamente il termine "informazioni" con riguardo all'oggetto delle istanze di accesso generalizzato, queste devono comunque ritenersi incluse nell'ambito oggettivo in ragione del dettato di cui al comma 3 che, diversamente, reca un riferimento espresso alle informazioni per entrambe le figure di

- accesso civico*». Nello stesso senso pare andare anche l'ANAC che con la Determinazione n. 1309 del 28/12/2016 (p. 5) descrive l'accesso civico generalizzato come «*un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione*». Per quanto concerne la richiesta di "informazioni", però, la stessa circolare dell'ANAC (p. 10) precisa che: «*per informazioni si devono considerare le rielaborazioni di dati detenuti dalle amministrazioni effettuate per propri fini contenuti in distinti documenti. Poiché la richiesta di accesso civico generalizzato riguarda i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (art. 5, comma 2 del decreto trasparenza), resta escluso che – per rispondere a tale richiesta – l'amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso. Pertanto, l'amministrazione non ha l'obbligo di rielaborare i dati ai fini dell'accesso generalizzato, ma solo a consentire l'accesso ai documenti nei quali siano contenute le informazioni già detenute e gestite dall'amministrazione stessa*». In tal senso vedasi anche T.A.R. Lazio (Roma), Sez. III, 4 gennaio 2022, n. 25, in www.giustizia-amministrativa.it.
40. G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: l'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., p. 16.
41. A. Corrado, *La "trasparenza" nella legislazione italiana*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 1417. In senso analogo si veda anche G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: l'arte di rendere oscure le cose semplici*, cit., pp. 2-3, secondo il quale l'introduzione dell'accesso civico generalizzato è stata «*Un'operazione di stratificazione, che non semplifica né razionalizza l'esistente. Affinché il livello generale di trasparenza pubblica possa aumentare, infatti, la convivenza tra strumenti diversi dovrebbe arricchire le opportunità di conoscenza, non generare promiscuità o confusione. Da questo punto di vista, la scelta di operare sull'impianto normativo già esistente, innestando su di esso il "nuovo accesso civico", è fallimentare in partenza: al netto di un innegabile miglioramento in termini di conoscibilità dei dati pubblici, ciò che si ottiene emendando il vecchio d.lgs. 33/13 è soprattutto sovrapposizione tra gli istituti, incertezza sugli obblighi, indeterminazione dei limiti*».
42. Tra i contributi relativi all'accesso nelle procedure di gara si segnalano: F.A. Caputo, *Il diritto di accesso nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 2007; V. Gastaldo, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1005 ss.; A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, in *Federalismi.it*, 2023. Per un'evoluzione delle tappe normative dell'accesso agli atti di gara dei contratti pubblici (ad esclusione del d.lgs. n. 36/2023) si rinvia a: M. Pani, C. Sanna, *Evoluzione del diritto di accesso in materia di procedure di gara*, in *Lexitalia.it*, 2022.
43. Un esempio di questa applicazione giurisprudenziale si deve a T.R.G.A., Sez. Bolzano, 28 marzo 1994, n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it, pronuncia nella quale vi è un

esplicito riferimento alla l. n. 241/1990. L'applicazione della disciplina della legge n. 241/1990 all'ambito dei contratti pubblici (anche se in concorso con la disciplina specialistica prevista dal Codice dei contratti pubblici vigente) viene tutt'oggi riconosciuta dalla più recente giurisprudenza amministrativa. In tal senso si vedano *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 9 ottobre 2020, n. 6009 e, da ultimo, T.A.R. Campania (Napoli), Sez. VIII, 8 aprile 2024, n. 2258, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

44. Questo regolamento è stato adottato con d.P.R. n. 554/1999, il cui art. 5, comma 4, prevedeva un generico rinvio alla l. n. 241/1990, di fatto non introducendo alcuna disciplina differenziata rispetto a quella prevista all'interno della legge generale sul procedimento amministrativo.
45. Dette regole, pur con alcune modifiche su cui si tornerà in seguito, sono state recepite prima dal secondo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) per poi trovare spazio anche nella versione del Codice attualmente vigente (d.lgs. n. 36/2023). Per un commento organico alla disciplina dell'art. 13, d.lgs. n. 163/2006, si rinvia a: D. Vaiano, *Commento all'art. 13*, in R. Garofali, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici e nuovo regolamento SOA*, Neldiritto editore, Roma, 2008, p. 91 ss.; F. Caringella, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in R. De Nictolis., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 93 ss.; V. Gastaldo, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 1005 ss.
46. In tal senso Cons. St., Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento su questa pronuncia vedasi: R. Giani, *La pluralità di regimi di accesso agli atti in materia di appalti*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 1311 ss.
47. Ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 (ora abrogato), l'accesso doveva essere 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 in ogni ipotesi di gara informale), in relazione ai soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, a coloro che sono stati invitati a presentare offerte e a quelli che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione; c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.
48. Ai sensi dell'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 (ora abrogato), l'accesso, invece, era escluso in relazione: a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte che costituiscono segreti tecnici o commerciali; b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento; c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice; d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.
49. Ai sensi dell'art. 13, comma 6, d.lgs. n. 163/2006 (ora abrogato).
50. Tale modalità di accesso era prevista dall'art. 79, comma 5-quater, d.lgs. n. 163/2006, comma aggiunto dall'art. 2 del d.lgs. n. 53/2010 e ora abrogato.

51. Per un commento sulla disciplina dell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 si rinvia a: M. Lipari, *Informazione dei candidati e degli offerenti e accesso agli atti di gara*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sul codice dei contratti pubblici*, Vol. III – *Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 341 ss.; M. Pani, C. Sanna, *Evoluzione del diritto di accesso in materia di procedure di gara*, in *Lexitalia.it*, 2022. Per un affresco della giurisprudenza maggiormente rilevante sull'applicazione di questa norma si rinvia a: P. Provenzano, *Art. 53 (Accesso agli atti)*, in G.A. Giuffrè, P. Provenzano, S. Tranquilli (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 537 ss.
52. Il comma 1 dell'art. 53 prevedeva che «*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*», mentre il successivo comma 5 prevede che «*sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione ... 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*».
53. Più precisamente, nel comma 5 dell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 riguardante le esclusioni, non figurava l'ipotesi relativa «*a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento*» che, invece, era prevista all'art. 13, comma 5, d.lgs. n. 163/2006.
54. Il riferimento è ai commi 7 e 7-bis dell'art. 13, d.lgs. n. 163/2006, che non trovano corrispondenza nell'art. 53, d. lgs. n. 50/2016.
55. Ai sensi del comma 2 dell'art. 76, d.lgs. n. 50/2016.
56. Sempre secondo tale norma, spetta all'ANAC garantire, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti nel rispetto di quanto previsto dall'art. 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'art. 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'art. 73.
57. Ossia, quello che si trovava nella condizione di avere un interesse qualificato ad accedere alla documentazione di gara del concorrente ai fini dell'aggiudicazione della gara.
58. L'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 prevedeva esclusivamente che l'accesso fosse disciplinato «*dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*». Un riferimento al d.lgs. n. 33/2013 si ha nell'ambito dell'art. 29, ma esclusivamente con riferimento agli obblighi di pubblicazione della stazione appaltante e, quindi, con riferimento all'accesso civico generalizzato.
59. Per una sintesi dei due contrapposti orientamenti si rinvia a: A. Paiano, *I casi speciali di accesso: le interazioni con l'accesso civico generalizzato*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 16 ss.
60. In tal senso vedasi: T.A.R. Emilia-Romagna (Parma), Sez. I, 18 luglio 2018, n. 197; T.A.R. Marche (Ancona), Sez. I, 18 ottobre 2018, n. 677; TAR Lazio (Roma), Sez. II, 14 gennaio 2019, n. 425, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

61. In tal senso vedasi: TAR Campania (Napoli), Sez.VI, 22 dicembre 2017, n. 6028; TAR Lombardia (Milano), Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
62. Cons. St., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Con questa pronuncia la Sezione III sembrava aver chiuso il dibattito, affermando l'applicabilità dell'accesso generalizzato alla materia dei contratti pubblici, in base ad una lettura "dinamica" e "funzionale" dell'art. 53, d. lgs. n. 50/2016 e 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013, secondo la quale l'accesso civico generalizzato non sarebbe limitato in relazione a determinate "materie", ma solo con riferimento a "specifiche condizioni, modalità e limiti". Sia l'accesso documentale che quello civico generalizzato mirano all'attuazione del principio di trasparenza e, pertanto, non sussisterebbe alcun motivo per escludere l'accesso civico dalla materia dei contratti pubblici.
63. Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo la Sezione V ammettere sempre l'accesso civico generalizzato in materia di appalti significherebbe di fatto annullare le limitazioni imposte dall'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, limitazioni che mirano a preservare la fluidità di svolgimento delle gare e a contenere la possibilità di fenomeni collusivi. Secondo tale pronuncia, pertanto, per ritenere ammissibile l'accesso civico agli atti di gara sarebbe necessario un intervento esplicito del legislatore, non essendo sufficiente richiamare il difetto di coordinamento fra il d.lgs. n. 33/2013 e il d.lgs. n. 50/2016.
64. Ordinanza Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2019, n. 8501, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
65. Cons. St., Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'Adunanza plenaria, oltre alla questione relativa all'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara, affronta altri due rilevanti quesiti: se vi sia un potere-dovere della pubblica amministrazione di esaminare l'istanza di accesso ai documenti pubblici formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina (a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo e inequivocabile riferimento alla disciplina dell'accesso documentale); se sia ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241/1990, e una conseguente legittimazione ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario.
66. Per un commento a questa fondamentale pronuncia si segnalano: A. Corrado, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2020; M. Ippolito, *La "cultura" della trasparenza nell'accesso agli atti della fase esecutiva di un procedimento ad evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 2020; V. Mirra, *Diritto di accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. e app.*, 2020, p. 680 ss.; F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli*

- atti amministrativi*, in *Federalismi.it*, 2021; S. Mastroianni, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *Giustamm.it*, 2020; A. Molinterni, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 505 ss.
67. Ai sensi dell'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.
68. Per un primo commento alla disciplina dell'accesso agli atti di gara nel Codice del 2023 si rinvia a: V. Caputi Jambrenghi, *Lineamenti sul vecchio e nuovo esercizio del diritto di accesso nei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2022; A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, in *Federalismi.it*, 2023; F. Gambato Spisani, G. Tulumello, I. Raiola, P. Nasini, N. Durante, V. Neri (a cura di), *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, 2023, in www.giustizia-amministrativa.it.
69. Sul tema della digitalizzazione dei contratti pubblici si vedano: G.M. Racca, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazioni delle imprese*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 321 ss.; G.M. Racca, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici*, in *Persona e Amministrazione*, 2022; D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023; G. Carlotti, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G. Fonderico, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in *Il foro italiano – Gli speciali*, n. 1, 2023, p. 28 ss.; F. Tallaro, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G.M. Palamoni, *Il paradigma digitale dell'evidenza pubblica*, in *CERIDAP*, 2, 2024.
70. G.M. Racca, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del fed.*, 2023, p. 357. Secondo l'A., «Già il Codice dei contratti pubblici del 2016 [art. 44 Digitalizzazione delle procedure] sulla digitalizzazione delle procedure richiedeva l'interoperabilità delle piattaforme, ma occorre prevedere l'estensione della digitalizzazione a tutto il ciclo del contratto pubblico, dalle procedure di affidamento all'esecuzione contrattuale» (pp. 358-359).
71. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 81.
72. L'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, richiamando le modalità di pubblicazione di cui al d.lgs. n. 33/2013, rinvia di fatto all'art. 37 di detto decreto, introdotto dall'art. 224, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, secondo il quale, «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano i dati, gli atti e le informazioni secondo quanto previsto

CERIDAP

dall'articolo 28 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78».

73. Ai sensi dell'art. 28, comma 1, d.lgs. n. 36/2023. Per un approfondimento sulle piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all'art. 25 e sulla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, si rinvia a: G. Carullo, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023.
74. Ai sensi dell'art. 28, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
75. Ai sensi dell'art. 28, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
76. Ai sensi dell'art. 28, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
77. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 86, secondo la quale «Questo nuovo processo ha il vantaggio di attuare in modo concreto il principio dell'once only facendo in modo che i dati vengano inviati una sola volta, soddisfacendo le diverse finalità (pubblicità legale, pubblicità a fini di trasparenza, popolamento della Banca dati sui contratti pubblici) e risultando concentrati in un unico luogo».
78. Tale possibilità è esplicitamente confermata anche dall'art. 6.1 della delibera ANAC del 20 giugno 2023, n. 264 (emanata in applicazione dell'art. 28, comma 4), dove è previsto che in caso di mancata pubblicazione dei dati, atti e informazioni nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici o nella sezione "Amministrazione trasparente" della stazione appaltante si applica la disciplina sull'accesso civico semplice di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013.
79. Il riferimento è all'art. 13, d.lgs. n. 163/2006 e all'art. 53, d.lgs. n. 50/2016 di cui si è dato brevemente conto nel precedente paragrafo.
80. Oltre all'innovativo riconoscimento dell'accesso civico generalizzato, giova evidenziare che l'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 prevede anche l'esplicito richiamo all'art. 3-bis, l. n. 241/1990, relativo all'uso della telematica, secondo il quale «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».
81. Le ipotesi di differimento sono previste dall'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, mentre prima erano previste dall'art. 52, comma 2, d.lgs. n. 50/2016. Anche la disciplina dei casi di differimento ha subito alcune modifiche, dato che il Codice del 2023 ha previsto, in aggiunta alle ipotesi previste dal Codice del 2016, l'esplicito riferimento anche alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione, ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, ai verbali relativi alla valutazione delle offerte e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti e, infine, ai verbali riferiti alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta. Per l'accesso a tutti questi atti, dati, informazioni e documenti, l'ostensione dovrà avvenire solo successivamente all'aggiudicazione.
82. Inoltre, con riferimento a questa tipologia di differimento, viene precisato che «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 o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare».

83. Così prevede testualmente l'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
84. L'art. 326 c.p. prevede il reato di «*Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio*», attraverso il quale vengono sanzionate due diverse condotte: quella del pubblico ufficiale o della persona incaricata di un pubblico servizio che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza (comma 1); e quella del pubblico ufficiale o della persona incaricata di un pubblico servizio che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete (comma 3).
85. Ai sensi dell'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
86. Ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 36/2023.
87. Ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 36/2023. La disciplina riprende il dettato del previgente art. 53, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale era «*consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*», non essendo previsto specificamente il requisito dell'indispensabilità.
88. Senza alcuna pretesa di addentrarci nella complessa qualificazione, ai fini dell'accesso agli atti di gara, della nozione di segreto tecnico-commerciale, ci si limita a segnalare la pronuncia Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo la quale «*La particolare voluntas legis, consona al particolare contesto concorrenziale, è, dunque, di escludere dall'ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del "saper fare" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale)*».
89. Sul bilanciamento tra la tutela del segreto tecnico-commerciale e sulle esigenze di difesa in giudizio nell'ambito della gara si rinvia ai seguenti contributi che, pur se relativi al previgente Codice del 2016, risultano tutt'ora di attualità alla luce del riconoscimento legislativo del requisito dell'indispensabilità: A. Avino, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, in *Urb. e app.*, 2018, p. 692 ss.; V. Mirra, *Accesso agli atti di gara e segretezza industriale: una conciliazione impossibile?*, cit., p. 171

- ss.; G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, cit.
90. Sul carattere discrezionale o meno della valutazione della pubblica amministrazione in tale frangente non vi è uniformità di vedute. Sebbene, infatti, la giurisprudenza prevalente qualifichi come discrezionale l'attività che la stazione appaltante deve svolgere nel valutare l'accessibilità dell'offerta tecnica (in tal senso si vedano *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 1° luglio 2020, n. 4220; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 437, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 22 giugno 2021, n. 1526, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 gennaio 2022, n. 145, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*), la dottrina prevalente ritiene che tale attività valutativa non debba essere qualificata come discrezionale, nel senso proprio del termine. Secondo F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, cit., p. 17 e ss., nel caso di rapporto tra accesso procedimentale con finalità difensive e tutela della riservatezza, il bilanciamento viene fatto a monte dal legislatore (diversamente da quanto accade per l'accesso civico generalizzato), non residuando attività discrezionale in capo alla pubblica amministrazione. In tal senso si pronuncia anche G. Serra, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, cit. pp. 558-559, secondo il quale, con specifico riferimento all'accessibilità delle offerte tecniche nell'ambito delle procedure di gara, evidenzia come «*l'attività dell'amministrazione non sia discrezionale in senso proprio, non dovendo l'amministrazione bilanciare in concreto interessi pubblici e privati, con conseguente pienezza della tutela giurisdizionale, anche in punto di ordine di esibizione del documento*».
91. Sul punto, tra le tante, si segnala Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1451, in *www.giustizia-amministrativa.it*, sentenza secondo la quale «*[l']accesso difensivo presuppone - secondo costante giurisprudenza - la "stretta indispensabilità" della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che "nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo" (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che "l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce"* (Cons. St., III, 26 ottobre 2018, n. 6083; V, 12 novembre 2019, n. 7743; in relazione al criterio della stretta indispensabilità in relazione all'accesso di cui all'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, cfr. Cons. St., VI, 16 aprile 2017, n. 1692)».
92. Secondo A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 98, «*Ciò porta a ritenere che l'offerta selezionata all'esito di una procedura di gara, una volta individuata dalla stazione appaltante, diventa di "interesse pubblico" in quanto, rispetto alla collettività, è l'offerta che l'amministrazione si impegna a realizzare e*

a pagare con soldi pubblici con la possibilità di essere conosciuta da tutti i cittadini e a maggior ragione, dai partecipanti alla procedura di gara che sono legittimati a conoscere gli atti della medesima e a sapere come l'amministrazione ha fatto la sua scelta, anche per tutelare i propri interessi in sede processuale».

93. Come è stato rilevato da F. Gambato Spisani, G. Tulumello, I. Raiola, P. Nasini, N. Durante, V. Neri (a cura di), *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, cit., p. 22, il meccanismo di messa a disposizione automatica in piattaforma delle offerte, «*a ben vedere, in parte qua, non si pone nemmeno un problema di riconducibilità della fattispecie all'accesso documentale o a quello civico, o, per meglio dire, sussiste in capo alla p.a., un vero e proprio obbligo ex lege non derogabile*».
94. L'art. 36, comma 3 fa riferimento all'art. 35, comma 4, lett. a) secondo il quale «*possono essere esclusi in relazione 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*».
95. Espressione presa in prestito da P. Rubecchini, *Accesso e processo nella tutela del segreto d'impresa: prime riflessioni sul rito a specialità accelerata introdotto dal nuovo Codice appalti*, in *Giustamm.it*, 2023. Il riferimento è al rito di cui all'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.
96. La *ratio* della norma è di evitare che la decisione di non oscurare le offerte non diventi irrimediabilmente lesiva per l'operatore economico. Infatti, se le decisioni venissero trasmesse fin da subito non oscurate, sarebbe pressoché inutile un oscuramento "postumo" disposto dal giudice. Infatti, così facendo, l'offerente che ha chiesto e non ha ottenuto l'oscuramento dalla stazione appaltante, perderebbe la possibilità di avere un rimedio effettivo se l'immediata ostensione delle parti di cui si è richiesto l'oscuramento diventassero conoscibili prima che il soggetto interessato se ne potesse dolere in sede giurisdizionale.
97. Secondo A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 102, «*Quello che invece è importante che accada, al fine di assicurare un completo contraddittorio procedimentale, è che l'operatore economico già in sede di proposizione dell'offerta e della richiesta di oscuramento della propria offerta spieghi bene le ragioni a supporto di tale scelta, come d'altra parte richiede lo stesso articolo 35, co. 4 del Codice nella parte in cui dispone che "il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione possono essere esclusi in relazione 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"*».
98. In tal senso vedasi M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certezze acquisite e problemi aperti*, in *IUS*, 2023.
99. Secondo l'art. 222, comma 9, d.lgs. n. 36/2023, «*Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione*

- appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato ai sensi del comma 13. Per un periodo transitorio pari a un anno, decorrente dalla data in cui il codice acquista efficacia, il RUP non è soggetto alle sanzioni irrogabili per la violazione degli obblighi informativi previsti nei confronti della Banca nazionale dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui, entro sessanta giorni dalla comunicazione all'amministrazione di appartenenza, adempia a tutti gli oneri informativi con contestuale autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa all'adempimento degli stessi».*
100. Secondo la *Relazione agli articoli e agli allegati – Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 54, «Il comma 6 interviene per scongiurare la pratica abbastanza diffusa tra gli operatori economici di indicare come segrete parti delle offerte senza che sussistano reali ragioni». Secondo M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certezze acquisite e problemi aperti*, cit., «Lo scopo della norma è evidente e certamente condivisibile: prevenire gli abusi delle richieste di oscuramento. Restano però alcune incertezze sul concreto modo di funzionamento della disposizione. Anzitutto, se essa introduce una vera e propria ipotesi di “illecito”, cui si connette una sanzione, la stazione appaltante dovrebbe essere obbligata e non meramente facoltizzata ad effettuare la segnalazione all'Anac, qualora riscontri la possibile sussistenza della violazione».
101. I termini per la fissazione dell'udienza in camera di consiglio corrispondono alla metà di quelli previsti per l'udienza cautelare collegiale ex art. 55 c.p.a.
102. Sui rapporti tra accesso e decorrenza del termine di impugnazione si rinvia alla sentenza Cons. St., Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento a questa pronuncia si rinvia a M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i “ricorsi al buio” in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in Giustiziainsieme.it, 2020, dove vengono compiutamente ricostruiti anche i termini del dibattito. Più di recente, l'impianto dell'Adunanza plenaria è stato confermato dalla recente sentenza Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2024, n. 2882, in www.giustizia-amministrativa.it.
103. Per una panoramica sulla questione, con particolare riferimento ai profili evolutivi si rinvia a: E. Lubrano, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo l'Adunanza Plenaria n. 12/2020: un principio da estendere a tutti i settori del processo amministrativo*, in Federalismi.it, 2020.
104. In tal senso Cons. St., Sez. V, 7 maggio 2012, n. 2609, in www.giustizia-amministrativa.it.
105. In tal senso Cons. St., Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5681, in www.giustizia-amministrativa.it.
106. In tal senso vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 718, Cons. St., Sez. III, 3 luglio 2017, n. 3253; Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2017, n. 1953, Cons. St., Sez. III, 22 luglio

- 2016, n. 3308, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
107. In tale senso vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7384, Cons. St., Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064, Cons. St., Sez. V, 13 agosto 2019, n. 5717, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
108. In tale senso vedasi *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 10 giugno 2019, n. 3879, Cons. St., Sez. V, 27 novembre 2018, n. 6725, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.
109. Ordinanza Cons. St., Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2215, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tale ordinanza, la Sezione V ha espresso la propria preferenza per l'impostazione che individuava la decorrenza del termine dalla conoscenza delle motivazioni dell'aggiudicazione, richiamando anche a supporto di tale orientamento la pronuncia Corte di giustizia europea, Sez. IV, 14 febbraio 2019, n. C-54/18, secondo la quale, ai fini della decorrenza del termine, non è sufficiente la mera conoscenza della lesività del provvedimento, ma è necessaria la conoscenza delle motivazioni dello stesso e dei relativi atti endoprocedimentali.
110. Cons. St., Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un commento a questa pronuncia si rinvia a M.A. Sandulli, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020, dove vengono compiutamente ricostruiti anche i termini del dibattito che ha preceduto la decisione della Plenaria.
111. Tra le tante, esemplificativa a proposito è Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
112. Il richiamato art. 90, d.lgs. n. 36/2023 (rubricato "Informazione ai candidati e agli offerenti") è la norma del nuovo Codice che ha preso il posto del previgente art. 76, d.lgs. n. 50/2016. In base a detto art. 90, comma 1, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dalla rispettiva adozione: l'aggiudicazione all'aggiudicatario; l'aggiudicazione e il nome dell'offerente a cui è stato aggiudicato l'appalto (o parti dell'accordo quadro) a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro le cui candidature o offerte non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.
113. L'art. 120 c.p.a. è stato integralmente sostituito da ultimo dall'art. 209, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 36/2023, con efficacia a decorrere dal 1° luglio 2023, come stabilito dall'art. 229, comma 2 del medesimo decreto.
114. In questi termini, A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 107.
115. In tal senso M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certezze acquisite e problemi aperti*, cit. A tal proposito è interessante segnalare la proposta di modifica legislativa suggerita (ma non recepita dal legislatore) nelle more dell'approvazione definitiva del Codice dei contratti del 2023, da M.A. Sandulli, *Procedure di affidamento e*

tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice, in *Federalismi.it*, 2023, p. xxviii, secondo la quale «Dal momento che la certezza del termine di impugnazione costituisce una garanzia di effettività della tutela assolutamente irrinunciabile, anche le riportate disposizioni processuali dovrebbero peraltro essere opportunamente integrate al fine di rendere assolutamente e definitivamente chiaro che (i) la dilazione non può essere un'opzione, ma vale solo per i vizi non ancora conoscibili; (ii) si tratta di una dilazione e non di una anticipazione: quest'ultimo chiarimento è essenziale per non dare spazio a strumentali eccezioni delle amministrazioni resistenti e/o dei controinteressati sulla necessità di anticipare l'impugnazione di verbali e atti endoprocedimentali casualmente conosciuti prima della comunicazione di quello effettivamente lesivo o, all'opposto, a un atteggiamento di estrema prudenza dei ricorrenti (c.d. "contenzioso cautelativo") con sostanziale fallimento delle nuove regole dirette a evitare un inutile spreco della risorsa giustizia. In quest'ottica, come ho già avuto occasione di suggerire, il nuovo secondo periodo del co. 2 dell'art. 120 potrebbe a questi fini essere allora più opportunamente così riformulato come segue: "Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione dell'atto impugnato ai sensi dell'articolo 90 del codice dei contratti pubblici oppure, se si impugnano atti diversi e non direttamente comunicati oppure si denunciano vizi conoscibili dagli atti messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, dai successivi momenti in cui tali atti sono stati effettivamente messi a disposizione". Analogamente, il co. 9 dell'art. 36 potrebbe essere opportunamente integrato con la precisazione "o dai successivi momenti in cui la stazione appaltante o l'ente concedente abbia messo a disposizione gli atti impugnati e quelli da cui sono evincibili i vizi dedotti"».

116. Il riferimento è al rito (c.d. super accelerato) introdotto dal d.lgs. n. 50/2016 nell'art. 120, comma 2-bis e 6-bis, c.p.a. e poi abrogato dal medesimo art. 120 c.p.a. ad opera del d.l. n. 32/2019 (c.d. Decreto Sblocca Cantieri). Si trattava di un rito che prevedeva un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di esclusione o di ammissione dei concorrenti. L'intento era quello di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione. Per un commento a tale rito (ripetesi, ora abrogato) si rinvia a: I. Lagrotta, *Il rito «super accelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in *Federalismi.it*, 2018; P. Clarizia, *La soppressione del ricorso superaccelerato e l'ingiustificato sacrificio della certezza del diritto*, in *Federalismi.it*, 2021.
117. Per un'analisi critica della nuova disciplina si rinvia anche al contributo di: P. Provenzano, *L'accesso agli atti senza istanza. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina (sostanziale e processuale) in materia di accesso agli atti di gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2023, p. 491 ss.
118. Evidenza tale problematica M. Lipari, *La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo e il precontenzioso ANAC nel nuovo codice dei contratti pubblici n. 36/2023. Certezze acquisite e problemi aperti*, cit.

119. A tal proposito, secondo A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 102, «Quello che invece è importante che accada, al fine di assicurare un completo contraddittorio procedimentale, è che l'operatore economico già in sede di proposizione dell'offerta e della richiesta di oscuramento della propria offerta spieghi bene le ragioni a supporto di tale scelta, come d'altra parte richiede lo stesso articolo 35, co. 4 del Codice nella parte in cui dispone che "il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione possono essere esclusi in relazione 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"».
120. Secondo l'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, «Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente».
121. Solleva il problema con riferimento all'inversione procedimentale A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., pp. 105-106.
122. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 106.
123. F. Giallombardo, *L'accesso nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024, p. 8, secondo il quale «è comunque opportuno evidenziare come, ancora una volta, il Legislatore abbia inteso introdurre una disciplina processuale "esterna" al codice del processo amministrativo che, in tal modo, ha – seppure temporaneamente e parzialmente – perso il "monopolio della regolazione" del giudizio amministrativo».
124. Il problema viene evidenziato da A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit., p. 108 ss.
125. A. Corrado, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, cit. p. 109.
126. In questi termini, F. Gambato Spisani, G. Tulumello, I. Raiola, P. Nasini, N. Durante, V. Neri (a cura di), *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, cit., p. 18, ove viene efficacemente riassunto il contenuto dispositivo dei primi tre commi dell'art. 36, contenenti la disciplina procedimentale dell'accesso "automatico" (*rectius*, della messa a disposizione delle offerte e degli atti di gara) su piattaforma.
127. Salvo casi molto poco frequenti come quello in cui un soggetto dimostri di avere un

- interesse ad accedere all'offerta di un soggetto arrivato dopo di lui in graduatoria e, segnatamente, dopo la quinta posizione.
128. Sul percorso di digitalizzazione della pubblica amministrazione tra i tanti contributi si segnalano: L. Torchia, *Lo Stato digitale*, Bologna, 2023; G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, cit.; E. Carloni, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2019, p. 363 ss.; C. Benetazzo, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2020; R. Cavallo Perin, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 305 ss.; P.S.L. Falletta, *Le trasformazioni del diritto amministrativo nella complessità dell'ambiente digitale*, in *Federalismi.it*, 2022; D.U. Galetta, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2018, p. 319 ss.; D.U. Galetta, J.G. Corvalan, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialit, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019.
129. Sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'attivit amministrativa, negli ultimi anni la letteratura  diventata davvero molto ampia. Tra i pi recenti contributi monografici si segnalano: A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011; G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022. Tra gli altri contributi pi significativi, senza alcuna pretesa di completezza, meritano una menzione: E. D'Orlando, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Dir. inf.*, 2011, p. 213 ss.; E. D'Orlando, *Politica, tecnica e scienza: il sistema delle fonti di fronte al dilemma della complessit*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 713 ss.; G. Carullo, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 431 ss.; M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilit dell'amministrazione nella societ dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019; S. Civitarese Matteucci, *"Umano troppo umano". Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalit*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 5 ss.; R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 773 ss.; R. Cavallo Perin, I. Alberti, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 119 ss.; A. Masucci, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in *Dir. pubbl.*, 2020, p. 943 ss.; F. Nassuato, *Legalit algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, in *CERIDAP*, fasc. Speciale n. 1, 2022, p. 150 ss.; N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 813 ss.; B. Raganelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli di dialogo nell'assunzione di decisioni amministrative*, in *Federalismi.it*, 2020; A. Sola, *Inquadramento giuridico degli algoritmi nell'attivit*

- amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020; M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 753 ss.; S. Tranquilli, *Rapporto pubblico-privato nell'adozione della decisione amministrativa "robotica"*, in *Dir. soc.*, 2020, p. 281 ss.; P. Otranto, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021; N. Paolantonio, *Il potere discrezionale della pubblica automazione. Sconcerto e stilemi. (Sul controllo giudiziario delle "decisioni algoritmiche")*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 813 ss.; L. Parona, "Government by algorithm": un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni amministrative, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 10 ss.; A. Masucci, *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra big data e machine learning. Verso l'algocratic governance?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, p. 265 ss.
130. Tali principi vengono enucleati compiutamente dalle sentenze Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, 8473 e 8474, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Molto importanti per la disciplina dell'attività amministrativa automatizzata sono anche le sentenze: Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, Cons. St., Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per un affresco sulla giurisprudenza in materia di attività amministrativa automatizzata si rinvia a: G. Marchianò, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. dell'econ.*, 2020, p. 229 ss.; N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giurisprudenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2020.
131. F. Nassuato, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedurali*, cit., p. 156. Sul concetto di "legittimità algoritmica" si vedano anche: B. Spampinato, *Per un primo inquadramento teorico della decisione amministrativa algoritmica*, in *Amb. e dir.*, 2021; E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 273 ss.
132. Per un primo commento sull'introduzione della disciplina legislativa dell'intelligenza artificiale nel vigente Codice dei contratti si rinvia a: A. Corrado, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, 2023; D.U. Galetta, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023.
133. Art. 30, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
134. Art. 30, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 36/2023.
135. Art. 30, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.
136. Per un approfondimento dei profili evolutivi riguardanti l'accessibilità e la spiegabilità della decisione automatizzata si rinvia a: L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., p. 199 ss.; A. Corrado, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 199 ss.
137. L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., pp. 232-233, secondo il quale «sul punto si è affermato che, nel peculiare contesto dell'automazione decisionale, la pretesa del privato di accedere agli atti della procedura amministrativa che lo riguarda debba essere

- intesa sotto una prospettiva più ampia rispetto a quella conosciuta in precedenza. Sicché il destinatario di un atto amministrativo robotico può oggi vantare il diritto di conoscere non solo il testo delle istruzioni che guidano i calcoli compiuti dalla macchina, ma anche tutte quelle informazioni che riguardano la progettazione e il funzionamento del programma, insieme ai dati utilizzati nel corso della procedura. In considerazione di queste affermazioni, pare possibile riconoscere che, quantomeno nell'ambito delle procedure automatizzate che utilizzano algoritmi di tipo deterministico, i soggetti interessati possono esercitare un diritto alla piena ed effettiva conoscibilità degli atti del procedimento».*
138. Si pensi, per esempio, alla possibilità di comunicare in sede di indizione della gara (o anche nel suo prosieguo) ai concorrenti del codice sorgente e delle informazioni necessarie per comprenderne il funzionamento.
139. A tal proposito, la pronuncia Cons. St., Sez. V, 14 gennaio 2022, n. 263, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ricorda come «Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi tra il diritto d'accesso e il diritto alla riservatezza è costituito dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'art. 24, comma 7, secondo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241, giacché esso è quello che, 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 (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1492; sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463; 21 agosto 2020, n. 5167; 24 maggio 2018, n. 3122; sez. VI, 11 aprile 2017, n. 1692)».
140. Vedasi al riguardo G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, cit., p. 599.
141. Non si ignora il principio giurisprudenziale sancito da Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e da Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo il quale l'utilizzo nel procedimento amministrativo di una procedura informatica che, attraverso un algoritmo, conduca direttamente alla decisione finale, debba ritenersi ammissibile, in via generale, nel nostro ordinamento, anche nell'attività amministrativa connotata da discrezionalità, a condizione che siano rispettati: a) la piena conoscibilità del modulo; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, cui competono tutte le responsabilità correlate; c) il carattere non discriminatorio dell'algoritmo utilizzato. Sul punto, però, la dottrina serba alcune perplessità. Per un inquadramento della problematica inerente al rapporto tra automazione e potere discrezionale si rinvia a L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., p. 186 ss.
142. Per un inquadramento della problematica inerente al rapporto tra automazione e potere discrezionale si rinvia a L. Previti, *La decisione amministrativa robotica*, cit., p. 186 ss., secondo il quale «si è chiarito che il ricorso all'algoritmo va inquadrato in termini di

“modulo organizzativo”, ossia quale strumento procedimentale ed istruttorio che l'autorità procedente può scegliere di utilizzare nell'esercizio delle sue funzioni ... Pertanto, anche nell'esercizio di attività connotate da ambiti di discrezionalità, l'autorità procedente può in astratto beneficiare dei medesimi vantaggi offerti dall'uso di sistemi informatici, per quanto più rilevante in termini qualitativi e quantitativi sia il ricorso a tali strumenti nello svolgimento di attività vincolata». In senso analogo vedasi anche M. Timo, *Algoritmo e potere amministrativo*, cit., p. 787, secondo il quale «In effetti, gli orientamenti tradizionali che negano la legittimità – o la stessa fattibilità – della valutazione discrezionale informatica, paiono basarsi sull'analisi di modelli in cui il software gestisce il procedimento in modo totalmente autonomo dal funzionario persona fisica, sicché ogni apprezzamento sarebbe rimesso all'elaboratore. In senso opposto, se si riconosce, come chi scrive ritiene opportuno, d'inquadrare l'algoritmo nel più ampio apparato amministrativo le cui redini in ultima istanza sono tenute dalle persone fisiche, non risulta errato ammettere l'uso di strumenti informatici a corredo delle attività discrezionali ... le suesposte considerazioni avrebbero valenza altresì nello svolgersi di procedimenti discrezionali interamente curati da un algoritmo, anche grazie all'affinarsi del machine learning. In questi casi, facendo riferimento al framework di principi elaborati dalla Sezione Sesta [del Consiglio di Stato], il procedimento potrebbe essere demandato al programma, il quale redigerebbe anche il provvedimento finale, da sottoporsi alla “verifica di logicità e legittimità” spettante “all'organo titolare del potere”».

143. Evidenziano le potenzialità di una digitalizzazione in materia di accesso G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, cit., p. 598, secondo i quali «Infatti, ove un'amministrazione intendesse gestire il tema dell'accesso secondo metodologie tradizionali e cioè corrispondendo alle istanze del cittadino attraverso gli ordinari canali di comunicazione cartacea, è evidente che l'efficacia dell'apertura alla partecipazione del cittadino verrebbe fatalmente smorzata, non solo dalle tempistiche che verrebbero imposte, ma anche dalla barriera, anche psicologica, che tale modo di procedere impone».
144. Secondo l'art. 3-bis, l. n. 241/1990 (rubricato “Uso della telematica”): «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».
145. Secondo l'art. 15, d.lgs. n. 82/2005 (rubricato “Digitalizzazione e riorganizzazione”): «1. La riorganizzazione strutturale e gestionale delle pubbliche amministrazioni volta al perseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 12, comma 1, avviene anche attraverso il migliore e più esteso utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'ambito di una coordinata strategia che garantisca il coerente sviluppo del processo di digitalizzazione. 2. In attuazione del comma 1, le pubbliche amministrazioni provvedono in particolare a razionalizzare e semplificare i procedimenti amministrativi, le attività gestionali, i documenti, la modulistica, le modalità di accesso e di presentazione delle istanze da parte dei cittadini e delle imprese, assicurando che l'utilizzo delle tecnologie

CERIDAP

dell'informazione e della comunicazione avvenga in conformità alle prescrizioni tecnologiche definite nelle Linee guida. 2-bis. Le pubbliche amministrazioni nella valutazione dei progetti di investimento in materia di innovazione tecnologica tengono conto degli effettivi risparmi derivanti dalla razionalizzazione di cui al comma 2, nonché dei costi e delle economie che ne derivano. [...]».