

## **Note minime in tema di accesso agli atti ed appalti pubblici**

**(alla luce della recente rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato)**

di Andrea Indelicato

13 marzo 2020

Sommario: 1. Premessa - 2. Sulla rilevanza dell'istituto (uno e trino) dell'accesso ... - 2.1. ... E in particolare: FOIA e appalti pubblici. - 3. Le questioni rimesse alla Plenaria. - 4. Conclusioni non definitive (nelle more del giudizio).

### **1. Premessa**

Con ordinanza n. 8501 dello scorso 16 dicembre 2019, la III sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria alcune rilevanti questioni riguardanti la disciplina dell'accesso agli atti della Pubblica Amministrazione nell'ambito della contrattualistica pubblica, con particolare riferimento: al procedimento di appalto *tout court* (fase dell'evidenza pubblica) e alla successiva fase esecutiva (fase privatistica); all'istituto dell'accesso civico generalizzato introdotto dal d. lgs. n. 97/2016 (cd. FOIA "all'italiana"<sup>1</sup>). Si tratta di profili recentemente molto dibattuti in giurisprudenza, i

---

<sup>1</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo: M. Savino, *Il Foia italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2016 [pp. 593-603]; E. Tedeschi, *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2016 [pp. 805-814]; E. Carloni, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2016 [p. 579 e ss.]; E. Carloni, *Se questo è un Foia. Il diritto a conoscere tra modelli e tradimenti*, in *Astrid*, n. 4/2016; P. Falletta, *Il freedom of information act italiano*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016; A. Simonati, M. Calabrò, *Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017 [p. 1320 e 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*, n. 12/2017; G. Gardini, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal 'FOIA Italia'*, in *Federalismi.it*, n. 19/2018; A. Berti, *Note critiche sulla "funzionalizzazione" dell'accesso civico generalizzato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) del 11.05.2018; A. Iannuzzi, *L'evoluzione della trasparenza amministrativa nell'ordinamento italiano. L'accesso civico generalizzato e le sue eccezioni: normativa, dottrina e giurisprudenza*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2019; A. Ziruolo, *L'attuazione della normativa FOIA alla luce della Circolare ministeriale n. 1/2019*, in *Azienditalia*, n. 12/2019.

quali, come si vedrà, oltre che suscitare numerosi dubbi hanno altresì condotto a pronunce ed orientamenti tra loro assai divergenti, quando non totalmente opposti.

Il tutto si comprende ancora meglio considerando, da un lato, l'importanza della storica 'positivizzazione' del (primo) diritto di accesso ai documenti amministrativi con la legge sul procedimento del 1990<sup>2</sup> ed il progressivo affermarsi del principio/valore della - e del diritto alla - trasparenza<sup>3</sup>; dall'altro, la relazione instauratasi tra tale diritto (e le sue evoluzioni normative) e la disciplina degli appalti pubblici<sup>4</sup>.

2 Tra gli svariati contributi, in via comprensibilmente non esaustiva, si rimanda a: G. Arena, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Il Mulino, Bologna, 1991; G. Corso, F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Maggioli, Rimini, 1991; P. Santoro, *Diritto di accesso partecipativo e diritto di accesso conoscitivo: posizioni soggettive ed effettività*, in *Foro Amministrativo*, n. 1/1992 [pp. 1799-1806]; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, [p. 257 e ss.]; T. Miele, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso. Lo stato di attuazione della Legge 7 agosto 1990, n. 241 con ampia rassegna di giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 1995; A. R. Tassone, *A chi serve il diritto d'accesso? (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella legge n.241/1990)*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/1995 [p. 332 e ss.]; M. Clarich, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1996 [p. 444 e ss.]; M. A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, IV Agg., Milano, 2000, [p. 2 e ss.]; F. Caringella, R. Garofoli, M. T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi – Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003; AA.VV., *L'azione Amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005; M. Occhiena, *I diritti di accesso dopo la riforma della L. n. 241 del 1990*, in *Foro Amministrativo*, n. 3/2005 [p. 905 e ss.]; M. Ciammola, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (prima e dopo la L. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in *Foro Amministrativo, Tar*, 2007 [p. 1181 e ss.]; F. Merloni, *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008; R. Giovagnoli, M. Fratini, *Il diritto di accesso, Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, 2008; S. Biancardi, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso agli atti*, Maggioli, Rimini, 2011; D. Giannini, *L'accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 2013.

3 In generale, si rimanda a: G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXI, n. 2/1995; F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *www.astridonline.it*, 2009; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2013 [p. 749 e ss.]; M. Magri, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2/2013 [pp. 425-451]; B. Ponti (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli, Rimini, 2013; L. Olivieri, *Il decreto trasparenza negli enti locali*, Maggioli, Rimini, 2013; 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 *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2015 [p. 157 e ss.]; 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 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2016 [p. 1019 e ss.]; B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, Rimini, 2016; A. CORRADO, *La "trasparenza" nella legislazione italiana*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, 2017 [p. 1431 e ss.]; A. Amodio, *Dall'accesso documentale all'accesso civico generalizzato: i nuovi paradigmi della trasparenza dell'azione amministrativa*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2018. M. C. Brandazzi, *Trasparenza amministrativa nuova frontiera anticorruzione: dal 2012 con la legge Severino al 2019 con la legge Spazza corrotti*, Aracne, Roma, 2019; D. Mastrangelo (a cura di), *La trasparenza amministrativa. Aspetti e problemi*, Aracne, Roma 2019.

4 In tal senso, si vedano: F. A. Caputo, *Il diritto di accesso nelle procedure di evidenza pubblica*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2007; A. Simonati, *Il differimento dell'accesso agli atti del procedimento di gara fra disciplina generale e disposizioni settoriali*, in *Foro Amministrativo, Tar*, 2008 [p. 2847 e ss.]; AA.VV., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Cedam, 2008 [pp. 165-166]; AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, Utet, 2010 [pp. 786-787]; V. Gastaldo, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urbanistica e appalti*, n. 10/2014 [p.

## 2. Sulla rilevanza dell'istituto (uno e trino) dell'accesso ...

È noto come attualmente, nel nostro ordinamento, sussistano tre differenti 'forme' di accesso ad atti e documenti amministrativi, ciascuna delle quali dotata di una sua propria *ratio* e di precisi presupposti di funzionamento:

a) l'accesso *ex l.* n. 241/1990, che presuppone per il richiedente la dimostrazione della titolarità di un interesse qualificato (art. 22: configurazione di un "*interesse diretto, concreto e attuale*"), ed esclude la possibilità di avanzare istanze "*preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*" (art. 24, co. 3); si tratta di un accesso documentale a legittimazione ristretta, avente ad oggetto la presa visione e l'estrazione di copia dei documenti amministrativi *latu sensu*, e come finalità il presidio circa il corretto dispiegarsi del giusto procedimento, nonché la tutela del diritto di difesa in sede, prevalentemente, giurisdizionale;

b) l'accesso *ex d.* lgs. n. 33/2013 (cd. accesso civico), che si propone di rendere fruibili determinate informazioni ritenute di interesse pubblico da parte legislatore, e di conseguenza concorrere ad attuare il principio democratico e la realizzazione di un'amministrazione aperta e al servizio del cittadino; si tratta di una tipologia di accesso a legittimazione ampia - non essendo richiesti né una particolare configurazione di assetto di interessi in capo al richiedente (art. 5, co. 1), né uno specifico obbligo di motivazione (art. 5, co. 2) - e ad oggetto mediamente esteso, sussistendo l'obbligo delle P.A. "*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*" (art. 5, co. 1)<sup>5</sup>;

c) il cd. FOIA *ex d.* lgs. 97/2016 (come sopra ricordato) avente anch'esso la finalità democratica del controllo sull'operato della P.A. e sull'utilizzo delle risorse pubbliche (art. 1); esso si connota per una legittimazione ampia - chiunque può ricorrervi senza necessità di motivare l'istanza (artt. 2-3) - ed un oggetto molto esteso, vale dire tutti i documenti e i dati/informazioni posseduti dalle amministrazioni pubbliche, nei limiti dettati dal legislatore a tutela di determinati interessi pubblici e privati, ed ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria.

---

1005 e ss.]; M. Pani, C. Sanna, *Trasparenza, pubblicità e accesso nel codice degli appalti - d.lgs. 50/2016*, in *LexItalia* del 07.02.2018.

<sup>5</sup> È pur vero che l'accesso civico introdotto nel nostro ordinamento prende le mosse dal vero e proprio modello FOIA sviluppatosi nel contesto comunitario (e, storicamente, in ambito statunitense), e poi approdato anche nel nostro Paese.

Basti pensare a quanto previsto all'interno della CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), e specificamente agli artt. 10 e 11 così come interpretati dalla Corte di Strasburgo a partire dal 2006: la libertà di espressione implica la libertà di ricevere informazioni dalle pubbliche amministrazioni. Il che ha avuto un impatto diretto sull'ordinamento italiano tramite l'art. 117 Cost. Ancora, attraverso l'art. 1 TUE, l'art. 15 TFUE e l'art. 42 della Carta dei diritti UE, un impatto (questa volta indiretto) si è avuto con le norme riguardanti le istituzioni europee, attraverso la garanzia del diritto di chiunque ad accedere ai relativi atti e documenti, senza motivazione né restrizioni soggettive.

Rispetto alla seconda, in particolare, vige un sistema di eccezioni che ne modula l'applicabilità: vi sono eccezioni 'assolute' (art. 5-bis, co. 3, d. lgs. 33/2013), predeterminate dal legislatore in base a una gerarchia astratta di interessi e valori per garantire un livello di protezione maggiore a determinati interessi (pubblici o privati) a causa della loro particolare rilevanza (non residuando in questo caso alcun potere di scelta discrezionale in capo all'amministrazione in merito all'ostensione documentale)<sup>6</sup>, ed eccezioni relative (art. 5-bis, co. 1 e 2), per cui non sussiste una priorità ontologica fissata *ex ante* dal legislatore, spettando così all'amministrazione valutare, di volta in volta, gli interessi concorrenti e garantirne il contemperamento in base al caso concreto<sup>7</sup>. L'art. 5-bis (co. 4 e co. 5) indica due modalità utili a questi fini:

- un accesso parziale, se le eccezioni relative riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto (es: oscuramento/rimozione dei dati);
- il differimento dell'accesso se, in relazione alla natura del dato e alla temporaneità del pregiudizio, esso è sufficiente a tutelare gli interessi protetti dalle eccezioni relative (es: attività ispettive; emanazione di atti generali).

Ciò posto, occorre innanzitutto precisare che la convivenza di tre differenti modelli di accesso è virtuosa solo all'interno di un disegno coerente, strutturato e graduato<sup>8</sup>, che risponda efficacemente alle diverse situazioni potenzialmente realizzabili nel variegato rapporto tra cittadini ed amministrazione, e a patto che si riconosca senza compromessi come ormai l'istituto (*rectius*: gli istituti) dell'accesso - e, dunque, il principio amministrativo della trasparenza - assurgano a veri e propri beni pubblici di cui si possa a buon diritto esigere il godimento, se è vero che: "[...] Al tradizionale modello solidaristico va progressivamente affiancandosi un nuovo modello di 'cittadinanza attiva' [...] Tale nuovo modello è caratterizzato, alla stregua delle

---

6 Il diritto di accesso civico viene escluso nei seguenti casi: segreto di Stato; altri casi di segreto espressamente previsti dalla legge (es. professionale, militare, bancario...); fattispecie in cui l'accesso è subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, co. 1, l. n. 241/1990.

7 In questi casi, l'impiego del potere discrezionale della P.A. ha come obiettivo quello di vagliare e, se del caso, respingere le richieste di accesso se il diniego sia necessario ad evitare un pregiudizio concreto alla tutela di interessi pubblici (es: sicurezza pubblica e ordine pubblico; sicurezza nazionale; difesa e questioni militari; relazioni internazionali) ovvero privati (protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali).

Per questi casi, l'amministrazione può ricorrere alla c.d. 'tecnica del bilanciamento', ovvero effettuare dapprima un 'test del danno' (chiedendosi se il rilascio del dato o del documento possa arrecare pregiudizio a uno specifico interesse pubblico o privato protetto dalle eccezioni relative), e, susseguentemente, un 'test dell'interesse pubblico' (appurando se esiste un interesse (del) pubblico alla conoscenza dell'informazione richiesta, e se esso possa venire in qualche modo pregiudicato). In buona sostanza, la P.A. deve valutare se dal diniego possa scaturire un pregiudizio ai seguenti interessi: comprensione del dibattito pubblico e delle scelte effettuate; partecipazione al processo decisionale e alla vita politico-amministrativa; *accountability*: rafforzamento del controllo diffuso sulle amministrazioni (spesa pubblica, salute, sicurezza, ecc.).

8 Anche se non sempre il desiderato corrisponde al reale (cfr.: 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*, n. 17/2019).

previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica [...]»<sup>9</sup>.

Se, poi, nell'idealizzazione della P.A. quale 'casa di vetro' l'accesso ai documenti è la regola (o almeno dovrebbe esserlo)<sup>10</sup>, di converso il diniego - come anche il silenzio - rispetto a tal genere di istanze andrebbe essenzialmente ridotto a limitatissime circostanze: richieste manifestamente onerose e 'massive'<sup>11</sup>, palesemente pretestuose e emulative<sup>12</sup>, se non anche 'vessatorie'<sup>13</sup>; insomma, qualunque genere di richiesta che potrebbe, in linea di principio, comportare come estrema conseguenza un vero e proprio intralcio all'organizzazione e al funzionamento della P.A., dovendo al contrario il privato evitare qualsivoglia forma di abuso del diritto e violazione del principio di buona fede<sup>14</sup>. Non manca, naturalmente, qualche pronuncia del giudice amministrativo che va in senso opposto a quanto appena affermato - anche nel caso, ad esempio, di richieste di accesso schiettamente esplorative o egoistiche<sup>15</sup> - o che indica (*i.e.*:

9 Così si esprime: Consiglio di Stato, sez. III, n. 1546 del 06.03.2019. "La sopradescritta disciplina nazionale del nuovo accesso civico, inquadrandosi in questo secondo modello, si pone in diretta attuazione delle previsioni costituzionali risultanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, quale istituto strumentale volto ad assicurare le condizioni — ovvero la conoscibilità generalizzata degli atti e delle informazioni in possesso dell'Amministrazione — necessarie 'al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico' (art. 5, citato, sull'accesso civico) e quindi volte a favorire la 'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale' " (art. 118 Cost., citato, che introduce il principio di sussidiarietà)".

E, del resto, a mente dell'art. 1, co. 3, d. lgs. 33/2013: "Le disposizioni del presente decreto, [...] integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione [...]".

10 Cfr.: Tar Toscana, sez. I, n. 200 del 10.02.2017; Tar Campania, sez. VI, n. 5901 del 13.12.2017.

11 Cfr.: Tar Emilia-Romagna, sez. II, n. 645 del 03.10.2017 (nel caso si debba rendere necessaria, a fronte di una richiesta per "blocchi di atti", un'attività di rielaborazione di dati ed informazioni vietata dalla normativa); Tar Lombardia, sez. III, n. 1951 del 11.10.2017 ("[...] L'istanza di accesso volta ad ottenere copia di una mole irragionevole di dati o documenti, comportando la necessaria apertura di innumerevoli subprocedimenti che coinvolgono i soggetti controinteressati, rappresenta in concreto una manifestazione sovrabbondante e contraria a buona fede dell'istituto dell'accesso generalizzato in quanto impone un *facere* straordinario, capace di aggravare l'ordinaria attività dell'amministrazione"]; Tar Lazio, sez. II-*quater*, n. 2994 del 16.03.2018.

12 Cfr.: Tar Veneto, sez. III, n. 607 del 29.06.2017; Tar Lazio, sez. II-*bis*, n. 7326 del 02.07.2018; Tar Lombardia-Brescia, sez. II, n. 2019 del 06.03.2019; Tar Campania, sez. VI, n. 6060 del 19.12.2019.

13 Tar Lazio, sez. II, n. 8572 del 07.07.2017.

14 Cfr.: Tar Lombardia, sez. III, n. 1951 del 11.10.2017; Consiglio di Stato, sez. III, n. 5702 del 13.08.2019.

15 Cfr., ad esempio: Tar Liguria, sez. I, n. 1002 del 29.12.2017, (che ha ritenuto illegittimo il diniego verso una richiesta di accesso, sul modello FOIA, finalizzata al "controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione", e nella fattispecie allo svolgimento di una ben definita attività); Tar Campania, sez. VI, n. 2486 del 09.05.2019 ("[...] "anche richieste di accesso civico presentate per finalità "egoistiche" possono favorire un controllo diffuso sull'amministrazione, se queste consentono di conoscere le scelte amministrative effettuate. Il controllo diffuso di cui parla la legge, infatti, non è da

prescrive/raccomanda) la necessità di un momento di confronto collaborativo con il richiedente, al fine di addivenire con quest'ultimo ad una soluzione consensuale<sup>16</sup> e bilanciare così, di volta in volta, gli interessi in gioco<sup>17</sup>. Ad ogni buon conto, la compresenza di queste tre differenti tipologie di accesso ha molto spesso originato una certa qual confusione, per così dire 'operativa', sia in quanti vi abbiano fatto ricorso, sia in quanti siano stati chiamati a rispondere alle rispettive richieste<sup>18</sup> (anche con riguardo alla facoltà di riquilibrare un certo tipo di istanza in un'altra, secondo più confacenti finalità e presupposti, sia in sede di valutazione amministrativa che di vaglio giurisdizionale)<sup>19</sup>.

## 2.1. ... E in particolare: FOIA e appalti pubblici

Quel che indubbiamente più interessa ai fini del presente contributo, alla luce della rimessione alla Plenaria, è comunque la relazione intercorrente tra l'accesso civico generalizzato (stante la configurazione e le peculiarità di tale istituto)<sup>20</sup> e gare d'appalto esperite dalle amministrazioni pubbliche (in considerazione sia della fase pubblicistica

---

riferirsi alla singola domanda di accesso ma è il risultato complessivo cui "aspira" la riforma sulla trasparenza la quale, ampliando la possibilità di conoscere l'attività amministrativa, favorisce forme diffuse di controllo sul perseguimento dei compiti istituzionali e una maggiore partecipazione dei cittadini ai processi democratici e al dibattito pubblico[...]" ); Tar Lazio-Roma, sez. II-*bis*, n. 6875 del 19.06.2018 (che, esprimendosi in merito all'accesso civico, afferma come il dato normativo di cui all'art. 5, co. 3, del d. lgs. n. 33/2013 non escluda che l'interesse generale ad un controllo diffuso dell'attività amministrativa possa coincidere con un interesse egoistico).

16 Si esprimono nei termini della necessaria ricerca di un 'dialogo procedimentale cooperativo' con il richiedente: Tar Puglia, sez. III, n. 234 del 19.02.2018; Tar Lazio-Roma, sez. II, n. 4977 del 04.05.2018; Tar Toscana, sez. I, n. 133 de 28.01.2019; Tar Campania, sez. VI, n. 2486 del 22.05.2019.

17 Cfr.: Tar Lazio, sez. III, n. 3742 del 21.03.2017; Tar Lazio, sez. II-*ter*, n. 8588 del 17.07.2017.

18 Sulla natura, le differenze ed il rapporto di convivenza tra accesso documentale, accesso civico e FOIA, si vedano, recentemente: Tar Veneto, sez. I, n. 463 del 10.05.2017; Tar Sardegna-Cagliari, sez. I, n. 403 del 15.07.2017; Tar Lazio, sez. III, n. 8814 del 20.07.2017; Tar Veneto, sez. III, n. 763 del 31.07.2017; Tar Lazio-Roma, sez. VI, n. 651 del 31.01.2018; Tar Lazio-Roma, sez. I-*quater*, n. 1126 del 31.01.2018; Tar Lazio, sez. I, n. 2628 del 08.03.2018; Tar Sardegna-Cagliari, sez. I, n. 6 del 04.01.2019; Tar Lazio, sez. II-*bis*, n. 1458 del 05.02.2019; Tar Puglia-Lecce, sez. III, n. 242 del 11.02.2019; Tar Lazio, sez. III, n. 10202 del 01.08.2019.

Degne di menzione sono inoltre due pronunce concernenti la possibilità di proporre, contestualmente, differenti richieste di accesso a medesimi documenti amministrativi; se ciò viene da una parte escluso (Tar Lazio, sez. I, nn. 8302 e 2303 del 23.07.2018), dall'altra viene, invece, ritenuto legittimo (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2737 del 29.04.2019).

19 Cfr.: Tar Trentino Alto Adige, sez. unica, n. 21 del 23.01.2017; Tar Campania, sez. V, n. 542 del 25.01.2017; Tar Sicilia, sez. II, n. 1579 del 13.06.2017; Tar Toscana, sez. II, n. 84 del 15.01.2019; Tar Puglia-Bari, sez. I, n. 752 del 24.05.2018; Tar Puglia, sez. I, n. 1344 del 18.10.2018; Consiglio di Stato, sez. III, n. 6410 del 13.11.2018.

In particolare, sull'impossibilità di riconversione della domanda in sede giurisdizionale si veda: Tar Campania-Salerno, sez. I, n. 1522 del 06.09.2019; mentre sull'impossibilità, in generale, di riquilibrare dell'istanza si veda: Consiglio di Stato, sez. V, n. 1817 del 20.03.2019.

20 Cfr.: Tar Lombardia-Milano, sez. III, n. 1286 del 16.05.2018; Tar Emilia-Romagna, sez. I, n. 325 del 28.11.2018; Tar Lazio, sez. III-*quater*, n. 11024 del 17.09.2019.

che di quella privatistica)<sup>21</sup>. Soprattutto, dal momento che non è ancora del tutto pacifico quale sia, in via definitiva, l'istituto di accesso effettivamente applicabile alle procedure ad evidenza pubblica<sup>22</sup>. Vi sono infatti pronunce che colgono in senso favorevole il ricorso all'accesso civico generalizzato<sup>23</sup>; ve sono, al contrario, altre che

---

21 Recentemente, su questi temi: A. Altieri, *L'istituto dell'accesso civico generalizzato nelle procedure di affidamento e negli appalti pubblici*, in *Contabilità-pubblica.it*, luglio 2019; G. Gagliardini *L'accesso civico generalizzato alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Giustizia-amministrativa.it* del 16.08.2019.

A conferma della rilevanza del rapporto tra istituto dell'accesso e procedure ad evidenza pubblica, non si può non richiamare una recente pronuncia del Tar Campania (sez. VI, n. 4912 del 15.10.2019), con cui è stato ritenuto legittimo ed ammissibile l'accesso documentale alla sola documentazione amministrativa - non già anche a quella tecnica - richiesto da un'impresa peraltro già esclusa da un appalto (causa posizioni debitorie nei confronti di INPS e INAIL), e in pendenza di giudizio.

Similmente, si rimanda al Tar Veneto (ordinanza n. 512 del 26.05.2017 - momento storico in cui era ancora vigente il cd. "rito appalti superaccelerato", prima che il D.L. 32/2019 (cd. "Sblocca Cantieri") abrogasse i commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 Codice del Processo Amministrativo, facendo così venir meno l'onere di impugnare entro 30 giorni ammissioni ed esclusioni dalla gara d'appalto), per cui l'accesso alla documentazione amministrativa di una gara d'appalto deve essere assicurato immediatamente da parte del Responsabile unico del procedimento (RUP) senza che l'istante debba attenderne la conclusione.

Incidentalmente, sull'applicabilità del rito "superaccelerato" ai procedimenti relativi a gare bandite prima del decreto "Sblocca Cantieri", si rimanda a: Tar Calabria, sez. distaccata Reggio Calabria, n.324 del 13.05.2019; Tar Lazio-Roma, ordinanza n. 7258 del 08.11.2019.

22 T. Tessaro, M. Bertin, *Quale accesso civico per gli atti di gara (nota a Tar Emilia-Romagna, Parma, 18 luglio 2018)*, in *www.LexItalia.it* del 18.09.2018; T. Tessaro, M. Bertin, *Incerta vittoria dell'accesso civico agli atti di gara*, in *www.LexItalia.it* del 14.01.2019.

23 Cfr.: Tar Sicilia-Palermo, sez. II, n. 1905 del 06.09.2018 ("[...] Il Collegio intende dunque dare continuità all'orientamento favorevole all'accesso che appare anche maggiormente in linea con il favor per forme di controllo diffuso da parte dei cittadini espresso dal Legislatore con la recente revisione delle disposizioni in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni da parte delle PP.AA. [...] Ne consegue che, anche a voler aderire all'orientamento più restrittivo sopra riportato - che esclude la sussistenza di una posizione legittimante all'accesso in capo alla ricorrente in relazione alla disciplina posta dalla legge n. 241 del 1990 - l'istanza della ricorrente avrebbe dovuto essere esitata dall'Azienda intimata ai sensi del citato art. 5 del d. lgs. n. 33/2013 in quanto l'esercizio del diritto all'accesso civico ivi previsto non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non richiede motivazione [...]); Tar Lombardia, sez. IV, n. 45 del 11.01.2019 ("[...] Ora, la disciplina dell'accesso agli atti in materia di appalti si rinviene nell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, il quale però al primo comma richiama espressamente la legge n. 241/1990, salvo introdurre nei commi successivi una serie di prescrizioni riguardanti invero essenzialmente il differimento dell'accesso in corso di gara, senza quindi che possa sostenersi che si configuri una speciale disciplina, realmente derogatoria di quella di ordine generale della legge 241/1990 e tale da escludere definitivamente l'accesso civico [...] Non appare dunque legittimo il diniego provinciale, fondato sul mero richiamo al già citato comma 2 dell'art. 5 bis [...] In altri termini, come già accennato, la motivazione del diniego si risolve in un mero richiamo alla norma preclusiva dell'ostensione, senza un preciso riferimento alle circostanze fattuali e giuridiche impeditive dell'accesso civico [...]).

categoricamente lo escludono<sup>24</sup>, o che lo limitano alla sola fase pubblicistica<sup>25</sup>, o che, ancora, propendono per l'applicabilità del tradizionale accesso documentale<sup>26</sup>.

### 3. Le questioni rimesse alla Plenaria

L'ordinanza di remissione prende le mosse dal ricorso presentato da un'impresa avverso il diniego opposto dall'amministrazione aggiudicatrice (peraltro con motivazione piuttosto essenziale)<sup>27</sup> all'accesso ai documenti riguardanti l'esecuzione del "Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni", svolto dal R.T.I. aggiudicatario. Senza entrare troppo nel merito della causa, basti qui dire come, nel valutare la richiesta di accesso agli atti relativi alla fase esecutiva delle prestazioni, la III sezione del Consiglio di Stato rilevi i notevoli dubbi nel tempo formati in giurisprudenza; specificamente con l'ultimo motivo di remissione, la sezione si

---

24 Tar Emilia-Romagna-Parma, sez. I, n. 197 del 18.07.2018 ("[...] Occorre dunque stabilire se la speciale disciplina contenuta nell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016 (ivi ricompreso l'espresso richiamo all'applicabilità delle regole in materia di diritto di accesso ordinario) debba considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis su richiamato. Il Collegio ritiene di dare risposta affermativa al quesito appena posto [...] Invero, si tratta pur sempre di documentazione [di gara e post gara, ndr] che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall'altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili (e quindi astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013), specie quando tali interessi, dopo l'aggiudicazione, vanno a porsi su di un piano pari ordinato – assumendo la connotazione di veri e propri diritti soggettivi – rispetto a quelli della stazione committente [...]").

25 Tar Toscana, sez. III, n. 577 del 19.04.2019 (" [...] Con specifico riferimento al profilo in questione, il Collegio ritiene pertanto che debba trovarsi il necessario punto di equilibrio risultante dall'applicazione dell'art. 53 d. lgs. 50/2016, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e dell'art. 5-bis, comma 3, d. lgs. 33/2013 [...] ne consegue una disciplina complessa [...] In particolare, per quanto riguarda gli atti e documenti della fase pubblicistica del procedimento, oltre all'accesso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato [...] per quanto riguarda atti e documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicataria, l'accesso ordinario è consentito ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 e nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nella fattispecie non risultano osservati [...]").

26 Cfr.: Tar Marche-Ancona, sez. I, n. 677 del 18.10.2018 (per cui non è possibile accogliere un'istanza di accesso civico generalizzato alla documentazione afferente ad una gara di appalto di servizi di assistenza, manutenzione e riparazione di automezzi comunali - già espletata ed efficace - poiché rientrante all'interno della più ampia disciplina degli "atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici" di cui al co. 1, art. 53, d. lgs. n. 50/2016); Tar Lazio-Roma, sez. II, n. 425 del 14.01.2019 ("[...] In altri termini, l'accesso agli atti concernenti la procedura di affidamento e la fase di esecuzione dei contratti pubblici è oggetto di una disciplina *ad hoc*, costituita dalle apposite disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e, ove non derogate, da quelle in tema di accesso ordinario recate dalla legge n. 241 del 1990. In tale ambito non trova perciò applicazione l'istituto dell'accesso civico generalizzato, stante la clausola di esclusione contenuta nel richiamato articolo 5-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 33 del 2013 [...]").

27 "[...] la documentazione richiesta concerne una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla gara in oggetto, e perciò ricompresi nel concetto più generale di atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", con la conseguente applicazione dei limiti stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, tra i quali quelli connessi alla necessaria titolarità, in capo al richiedente l'accesso, di un interesse qualificato [...]").

interroga invero sull'esistenza dei presupposti per l'accesso generalizzato ai contratti della pubblica amministrazione in carenza dei presupposti per l'accesso ordinario.

Le questioni sono state poste nei termini che seguono:

1) "E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria";

2) "E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se la disciplina dell'accesso civico generalizzato di cui al d. lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d. lgs. n. 97 del 2016, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice";

3) "E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, in presenza di un'istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, l'amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato di cui al d. lgs. n. 33 del 2013; se, di conseguenza, il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato".

Bisogna opportunamente ricordare che questa ordinanza perviene successivamente a due pronunce contrastanti (entrambe del Consiglio di Stato, e rese a poca distanza l'una dall'altra) che inquadrano, nel pieno della sua complessità, il tema che lega FOIA ed appalti. Si tratta di:

a) Consiglio di Stato, sez. III, n. 3780 del 05.06.2019, per il quale occorre "muovere dalla lettura coordinata e dalla interpretazione funzionale dell'art. 53 del d. lgs. 50/2016, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e dell'art. 5-bis, comma 3, d. lgs. 33/2013 [...] Come correttamente ritenuto da parte appellante, tale ultima prescrizione fa riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente

interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione [...]"<sup>28</sup>;

b) Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 02.08.2019, secondo cui, premettendo innanzitutto che: "[...] tale attuale coesistenza di tre istituti a portata generale, ma a diverso oggetto, comporta in principio che ciascuno sia, a livello ordinamentale, pari ordinato rispetto all'altro [...]" e dunque che "[...] Nel caso in cui l'opzione dell'istante sia espressa per un determinato modello, resta precluso alla pubblica amministrazione - fermi i presupposti di accoglibilità dell'istanza - di diversamente qualificare l'istanza stessa al fine di individuare la disciplina applicabile; in correlazione, l'opzione preclude al privato istante la conversione in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale [...], va definita un'esclusione assoluta al FOIA rispetto alle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici"<sup>29</sup>.

Come si evince, entrambe le sopra citate sentenze prendono le mosse dal dato normativo, fornendo opposte interpretazioni parimenti sostenibili e adeguatamente argomentate; il che fa scorgere, a maggior ragione, il bisogno di un approdo giurisprudenziale chiarificatore in merito.

#### **4. Conclusioni non definitive (nelle more del giudizio)**

L'Adunanza Plenaria sarà chiamata a pronunciarsi su quesiti di non facile risoluzione, le cui risposte sicuramente contribuiranno a mettere un primo punto fermo sul rilevante e delicato rapporto tra la disciplina dell'accesso agli atti della pubblica amministrazione (nelle sue differenti forme) e quella degli appalti pubblici. Come è stato osservato, la giurisprudenza dei Tar e del Consiglio di Stato ha prodotto risultati diversi, alcune volte diametralmente opposti, anche con riferimento ad analoghe

---

28 E, concludendo dunque favorevolmente sul ricorso all'accesso civico generalizzato: "[...] Non può, dunque, ipotizzarsi una interpretazione "statica" e non costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso allorché, intervenuta la disciplina del d. lgs 97/2016, essa non risulti correttamente coordinata con l'art. 53 codice dei contratti e con la ancor più risalente normativa generale sul procedimento: sarebbe questa, opinando sulla scia della impugnata sentenza, la strada per la preclusione dell'accesso civico ogniqualvolta una norma di legge si riferisca alla procedura *ex artt.* 22 e seguenti L. 241/90. Ritiene, viceversa, il Collegio, che una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. debba valorizzare l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico, non limitabile da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto), ma soltanto dalle prescrizioni "speciali" e interpretabili restrittivamente, che la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno [...]"

29 "[...] Sarebbe erronea la lettura che è stata fatta in sentenza dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013, poiché la disposizione, da un lato reca un elenco specifico di ipotesi in cui l'accesso civico è escluso (commi 1 e 2), dall'altro annovera, tra i casi di esclusione, le ipotesi più generali in cui "l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti" (comma 3): il sistema di accesso ai documenti nell'ambito dei contratti pubblici, come disciplinato attualmente dall'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, rientra tra le ipotesi eccettuate dall'art. 5-bis, comma 3, poiché soggiace ai limiti imposti dallo stesso art. 53, che, a sua volta, detta una disciplina speciale ed in parte anche derogatoria rispetto alle regole stabilite per l'accesso cd. ordinario [...]"

questioni che sono state loro sottoposte nel corso degli ultimi anni - ciò a riprova dell'indubbia, profonda complessità dell'argomento di cui trattasi.

Non c'è dubbio, in ogni caso, che nel rendere la propria sentenza i Giudici di Palazzo Spada non potranno non tenere conto: innanzitutto, della separazione (concettuale, normativa e pratica) tra l'accesso documentale, l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato - istituti certamente non suscettibili di sovrapposibilità, interscambio o *reductio ad unum*, stante la natura intrinseca di ciascuno di essi e i propri meccanismi di funzionamento<sup>30</sup>, nulla ostando tuttavia che il richiedente possa esercitare il proprio diritto alla conoscibilità e all'ostensione documentale anche optando contemporaneamente per tutte e tre le modalità accordate dall'ordinamento<sup>31</sup>; in secondo luogo, della presenza di alcuni orientamenti che non solo non escludono, bensì legittimano l'applicabilità del FOIA alla contrattualistica pubblica<sup>32</sup>. E in questo senso, a parere di chi scrive, la questione più spinosa non si risolve tanto nell'ammettere pacificamente che ciò sia possibile, quanto nel comprendere se possa esserci margine per un'estensione anche alla fase esecutiva di un contratto pubblico.

Come che sia, non ci si può che limitare alle predette considerazioni, e a qualche congettura di prospettiva, attendendo con fiducia la sentenza e senza illudersi che ciò debba necessariamente significare un pronunciamento definitivo su una materia tanto

---

30 Tar Toscana, sez. II, n. 1748 del 20.12.2019 (“[...] La coesistenza di tre diverse specie di accesso agli atti, ciascuna distintamente regolata nei suoi presupposti, induce a ritenere che non esista, nel nostro ordinamento, un unico e generale diritto del privato ad accedere agli atti amministrativi che possa farsi valere a titolo diverso. Esistono invece specifiche situazioni nei rapporti di pubblico all'interno delle quali, al venire in essere di determinati presupposti (diversi in ognuna di esse), il privato assume titolo ad accedere alla documentazione amministrativa, con limiti e modalità diversificate nelle varie ipotesi. È onere del richiedente individuare quale sia la sua situazione e, pertanto, quale tipologia di accesso azionare, eventualmente in via cumulativa. Una volta effettuata la scelta, è su tale rapporto che si incardina la controversia e lo stesso non può dunque essere riquilificato in sede giudiziaria [...]).

31 T.A.R. Lombardia, sez. III, n. 2750 del 27.12.2019 (“[...] Va rilevato in termini generali che la domanda di accesso civico generalizzato ben può proporsi manifestando (anche) la sussistenza dei presupposti per la formulazione della richiesta di accesso documentale, ai sensi della l. n. 241 del 1990, con la medesima ed unica istanza [...] con la conseguenza che rispetto ad una complessa domanda di accesso civico generalizzato e, in alternativa, documentale proposta dall'accedente, l'amministrazione che detiene la documentazione richiesta può, (anch'essa) alternativamente, fare applicazione di un istituto piuttosto che dell'altro, in ragione dell'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti legittimanti l'una o l'altra richiesta [...]). Cfr. anche: Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2737 del 29.04.2019.

32 Come nel caso di un accesso generalizzato all'offerta dell'aggiudicatario di un appalto, caso trattato da: Tar Napoli, sez. VI, n. 5837 del 10.12.2019 (“[...] Non tutta la materia dei contratti pubblici può essere sottratta alla “conoscenza diffusa” di cui al d. lgs. n. 33 del 2013 in quanto materia nella quale è più elevato il rischio corruzione (ricompresa tra le aree più a rischio di cui all'art. 1, comma 16, l. n. 190 del 2012); pertanto, allorché la gara si è conclusa (e non si ravvisino ragioni di riservatezza in ragione del tipo di appalto o con riguardo ad alcune parti dell'offerta tecnica), l'offerta dell'aggiudicatario, benché proveniente dal privato, rappresenta la “scelta” in concreto operata dall'amministrazione e l'accesso generalizzato costituisce lo strumento da assicurare in generale ai cittadini per conoscere e apprezzare appieno la “bontà” della scelta effettuata inclusi naturalmente e *a fortiori* i partecipanti alla gara (allorché non possono più vantare un interesse “qualificato”) nonché i soggetti in senso lato interessati alla gara, che avranno le cognizioni e le competenze per effettuare un vero “controllo” esterno e generalizzato sulle scelte effettuate dall'amministrazione; l'offerta selezionata diventa, così, la “decisione amministrativa” controllabile da parte dei cittadini [...]).

variegata e fluida, specie nei suoi più concreti riflessi applicativi, come ben sa chi quotidianamente è chiamato a confrontarvisi.