



## **La digitalizzazione dei contratti pubblici: trasparenza e accesso agli atti**

di Boris Vitiello\*

10 Febbraio 2025

**Abstract:** Il contributo si propone di approfondire la declinazione del principio della trasparenza nella digitalizzazione dei contratti pubblici, che costituisce una delle novità più rilevanti recate dal nuovo codice dei contratti pubblici. La digitalizzazione risponde, infatti, anche all'esigenza di garantire un'azione amministrativa trasparente, per i cittadini "controllori" e per gli operatori economici "concorrenti" in un settore così importante per l'economia come quello degli appalti pubblici. Attraverso un'analisi delle tappe fondamentali del percorso di adeguamento del settore dei contratti pubblici ai canoni della trasparenza, il contributo arriva a formulare prime considerazioni sulla nuova disciplina dell'accesso agli atti delle procedure di gara.

The research work aims to delve deeper into the application of the principle of transparency in the digitalisation of public contracts, which constitutes one of the most important innovations brought about by the new code of public contracts. In fact, the digitalisation also responds to the need to guarantee transparent administrative action, for "controlling" citizens and for "competing" economic operators in a sector as important for the economy as that of public procurement. Through an analysis of the fundamental stages of the process of adapting the public contracts sector to the standards of transparency, the contribution arrives at formulating initial considerations on the new regulation of access to tender procedure documents.

**Sommario:** 1. Premesse: L'approdo attuale del principio di trasparenza nell'ordinamento giuridico – 2. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti improntata al principio di trasparenza. – 3. La trasparenza "proattiva" nei contratti pubblici: il riordino della disciplina della pubblicità ... in attesa di future semplificazioni? – 4. Le nuove regole procedurali e processuali per l'accesso agli atti delle gare e della fase esecutiva dei contratti. – 5. Conclusioni: gli appalti pubblici "digitalizzati", un microcosmo peculiare e irripetibile oppure un virtuoso modello esportabile in altri settori della P.A.?

### **1. Premesse: L'approdo attuale del principio di trasparenza nell'ordinamento giuridico**

Il principio di trasparenza è, insieme ai principi di legalità e di concorrenza, fra i principi generali affermati nell'art. 1, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, principi che vanno tutti osservati nell'applicazione del tanto menzionato «principio del risultato». Quest'ultimo, inedito almeno nel diritto positivo italiano in una formulazione



così esplicita<sup>1</sup>, e che anzi diventa, nell'impostazione del Codice<sup>2</sup>, principio-guida nell'azione amministrativa di tipo discrezionale, si sostanzia nel dovere, in capo alla stazione appaltante, di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo<sup>3</sup>.

Ma è solo garantendo il rispetto dei giusti canoni della trasparenza che l'applicazione del principio del risultato, quale espressione del principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione, trova ragione: la soddisfazione dell'interesse della collettività, infatti, non può che passare dalla piena conoscibilità delle scelte operate da chi agisce per garantire lo stesso interesse.

Oggi è tale il valore della trasparenza nell'azione amministrativa che, nella nota sentenza n. 10 del 2020 resa dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, si afferma:

---

\* Dottore di ricerca e Docente a contratto di Diritto Pubblico nell'Università di Bologna. Avvocato abilitato al patrocinio davanti alle Magistrature Superiori. Contributo sottoposto a *blind peer review*.

<sup>1</sup> Negli anni Novanta la dottrina affronta il tema della c.d. *amministrazione di risultato*, espressione che non si rinviene in alcuna disposizione di diritto positivo, ma che viene diffusamente utilizzata per indicare tutte quelle norme sull'attività amministrativa e sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni che consentono di attribuire rilevanza giuridica al concreto conseguimento del risultato amministrativo (così M. CALCAGNILE, *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, Bologna, 2022, 206 ss.). Il tema è stato oggetto di studi approfonditi, cfr. per tutti L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 e ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e soc.*, 2000, 108 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, Jovene, 2001, 815 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario Aipda*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 941 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004. Alla teoria dell'*amministrazione di risultato* si ispira l'introduzione del principio in argomento come si ricava dalla lettura della *Relazione* sullo Schema definitivo del Codice licenziato dal Consiglio di Stato. Allo stesso tempo va aggiunto che, con il principio del risultato, il Codice riprende l'impostazione del PNRR, strumento speciale, dal valore anche politico e non solo strettamente giuridico, per la pianificazione di riforme, obiettivi e traguardi, scanditi a livello temporale.

<sup>2</sup> Si consideri che nella legge 21 giugno 2022, n. 78 contenente *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, tra i principi e i criteri direttivi cui il legislatore delegato doveva attenersi, non compare il principio del risultato, ma l'unico riferimento attinente è il principio di efficacia, e non si menzionano né quello di buon andamento, né quello di efficienza.

<sup>3</sup> Sul tema G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2023; G. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2023; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; H. Simonetti, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 12 settembre 2023; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 14/2023. S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2022, III, 552



# AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

“La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall’altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati (...) sulla scorta dell’insegnamento secondo cui *“non c’è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c’è diritto a prestazione che non condizioni l’organizzazione”* (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383)”.

È poi lo stesso *Piano nazionale di ripresa e resilienza* che indica, nella sua disciplina, la trasparenza come principio-guida nella fase di verifica della sua attuazione e di monitoraggio<sup>4</sup>.

In realtà, anche se oggi è definito un principio generale, come indica l’art. 1 del d. lgs. 33/2013 dopo la riforma del 2016 (con il c.d. “Decreto trasparenza”), il valore della trasparenza si afferma solo lentamente nel nostro ordinamento giuridico<sup>5</sup>.

La metafora della “casa di vetro” di cui si è fatto largo uso<sup>6</sup> per descrivere la trasparenza che dovrebbe connotare l’agire pubblico è un concetto<sup>7</sup>, un’aspirazione, di cui l’accesso agli atti ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge 241/1990, con tutti i suoi limiti, è stato per lungo tempo la sola espressione concreta e giustiziabile.

Nel 2005, con la riforma della legge sul procedimento amministrativo, è indicato all’art. 1, fra i principi generali che reggono l’attività amministrativa, anche il “criterio” della trasparenza. Tuttavia va detto che già nel testo originario della legge 241 è presente la

---

<sup>4</sup> “Al fine di garantire la semplificazione dei processi di gestione, controllo, monitoraggio e rendicontazione dei progetti finanziati, e, contestualmente, aderire ai principi di informazione, pubblicità e trasparenza prescritti dalla normativa europea e nazionale, il PNRR utilizzerà il sistema Informativo “ReGiS” sviluppato dal Ministero dell’economia e delle finanze per supportare i processi di attuazione dei programmi cofinanziati dall’Unione Europea e dei corrispondenti strumenti della programmazione nazionale, assicurando la tracciabilità e trasparenza delle operazioni e l’efficiente scambio elettronico dei dati tra i diversi soggetti coinvolti nella Governance del Piano” (Fonte: *PNRR per l’Italia*, p. 240).

<sup>5</sup> “Nessun approfondimento rilevante è riservato a tale profilo del procedimento amministrativo nella produzione scientifica di Maestri quali Oreste Ranelletti, Vittorio Emanuele Orlando o Federico Cammeo. Un’assenza che sembra dovuta soprattutto ad una concezione dello Stato accentrato, che si riservava spazi di segretezza insindacabile che non poteva essere messa in discussione, pena l’incrinarsi di una concezione autoritaria del potere centrale.” Così V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell’ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale* (n. 20/2019), in *www.federalismi.it*, n. 5/2020. Anche se va dato conto parimenti, prima dell’approvazione della legge sul procedimento amministrativo, dell’opera di R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.

<sup>6</sup> Nel 1908 Filippo Turati alla Camera dei deputati affermò: “Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell’amministrazione dovrebbe essere di vetro”.

<sup>7</sup> L’esigenza di trasparenza coinvolge non solo il diritto. Al riguardo, sulla natura multidisciplinare della nozione di trasparenza si veda M.G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2017, e più in generale per una ricostruzione dell’argomento si veda F. FALORNI, *Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente*, in *www.federalismi.it*, n. 30/2020.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

parola “trasparenza” nell’art. 22, al comma 1, laddove prevede il diritto di accesso ai documenti amministrativi proprio “*al fine di assicurare la trasparenza dell’attività amministrativa*”<sup>8</sup>, a conferma, peraltro, di quanto detto sulla sostanziale sovrapposizione, per lungo tempo, fra trasparenza e accesso agli atti<sup>9</sup>.

Con la riforma apportata nel 2016 al d. lgs. n. 33/2013, la valorizzazione del principio di trasparenza raggiunge un’importanza significativa, aprendo la breccia del “controllo diffuso” da parte dei cittadini.

La giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 20/2019 acclara<sup>10</sup>: “(...) *i principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell’art. 97 Cost., al buon funzionamento dell’amministrazione (sentenze n. 177 e n. 69 del 2018, n. 212 del 2017) e, per la parte che qui specificamente interessa, ai dati che essa possiede e controlla. Principi che, nella legislazione interna, tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, come del resto stabilisce l’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 33 del 2013. Nel diritto europeo, la medesima ispirazione ha condotto il Trattato di Lisbona a inserire il diritto di accedere ai documenti in possesso delle autorità europee tra le «Disposizioni di applicazione generale» del Trattato sul funzionamento dell’Unione, imponendo di considerare il diritto di accesso ad essi quale principio generale del diritto europeo (art. 15, paragrafo 3, primo comma, TFUE e art. 42 CDFUE).*”<sup>11</sup>

Ancora più in specifico nella materia dei contratti pubblici, la già richiamata sentenza n. 10/2020 resa dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato afferma: “*Del resto la*

---

<sup>8</sup> Il testo dell’art. 22 è stato modificato prima nel 2005 e poi nel 2009. Per quanto qui rileva, il comma 2 oggi così recita: “*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.*”

<sup>9</sup> Si vedano al riguardo E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall’accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2005; dello stesso Autore, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, VI, p. 5950; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. Econ.*, 1994.

<sup>10</sup> Vi sono stati altri pronunciamenti della Consulta in tema di trasparenza, come con la sentenza n. 104 del 2006, nella quale si afferma: “(...) *la pubblicità dell’azione amministrativa ha assunto, specie dopo l’entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell’amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)*”.

<sup>11</sup> Per un commento alla sentenza in argomento si richiama ancora una volta V. Fanti, *La trasparenza amministrativa*, op. cit.





*configurazione di una trasparenza che risponda a “un controllo diffuso” della collettività sull’azione amministrativa è particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni e, in particolare, nell’esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative tali da pregiudicare persino il godimento di diritti fondamentali da parte dei cittadini nella loro pretesa ai cc.dd. diritti sociali.”*

Si è giunti, quindi, con l’affermazione del principio di trasparenza nel Codice emanato con il d.lgs. 36/2023, ad una conferma forte della sua presenza nell’ordinamento giuridico, che nel connubio con gli strumenti digitali assume connotati peculiari. Rapporto fra principio di trasparenza e digitalizzazione della p.a.<sup>12</sup> che, nel presente contributo, si vuole analizzare alla luce del portato del nuovo Codice dei contratti pubblici.

## **2. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti improntata al principio di trasparenza.**

Nel Codice la digitalizzazione è lo strumento principe per la garanzia della trasparenza, nella sua declinazione di pubblicità e accessibilità agli atti: essa caratterizza il *ciclo di vita dei contratti*<sup>13</sup>, come si ricava dall’art. 19, con il quale si apre la *Parte II del Libro I* dello stesso codice<sup>14</sup>.

Con un richiamo espresso e generale ai principi e alle disposizioni del *Codice dell’amministrazione digitale* di cui al d. lgs. n. 82/2005 (c.d. CAD)<sup>15</sup>, tutte le

---

<sup>12</sup> Per una ricostruzione dottrinale sullo sviluppo e l’implementazione degli strumenti digitali nella p.a. si richiamano L. TORCHIA, *Pubblica amministrazione e transizione digitale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2024 e B. MARCHETTI, *L’amministrazione digitale*, in B.G. MATTARELLA – M. RAMAJOLI (a cura di), *Enciclopedia del diritto, I tematici, Funzioni amministrative*, Milano, 2022.

<sup>13</sup> Art. 19, con il quale si apre la *Parte II del Libro I* del Codice.

<sup>14</sup> Nel nuovo Codice il principio di trasparenza ha rilievo non solo nella sua declinazione di pubblicità e accessibilità, ma anche (come d’altronde già era nel Codice del 2016) in riferimento all’accesso al mercato degli operatori (art. 3) e alla loro concorrenza, come nelle consultazioni preliminari di mercato (artt. 77-78), nell’avviso volontario per la trasparenza preventiva (art. 86), nei criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese (art. 108, comma 7), nei requisiti particolari per l’esecuzione del contratto (art. 113), nella procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei settori speciali (art. 158, comma 3), negli elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (art. 50 e Allegato II.1). Per economia del presente contributo non è possibile trattare del principio di trasparenza in relazione a tutti gli ambiti di disciplina degli appalti pubblici, in quanto viene analizzato, come detto essenzialmente il rapporto fra trasparenza e digitalizzazione.

<sup>15</sup> Ancora più esplicito l’art. 21, comma 2: “Le attività inerenti al ciclo di vita di cui al comma 1 sono gestite, nel rispetto delle disposizioni del codice dell’amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, attraverso piattaforme e servizi digitali fra loro interoperabili, come indicati all’articolo 22.» E il successivo comma 3: «I soggetti che intervengono nel ciclo di vita digitale



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

procedure, che sottostanno alla scelta pubblica di ricorrere al mercato per garantirsi lavori, servizi e forniture – a partire dalla fase di programmazione – e che seguono il contratto pubblico – fino alla verifica finale sulla sua esecuzione<sup>16</sup> – sono digitalizzate grazie al c.d. *ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)*, la cui infrastruttura tecnologica portante è la *Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP)* istituita dall'art. 62-bis del CAD<sup>17</sup> e di cui è titolare l'ANAC.

Andando più nello specifico, il summenzionato ecosistema nazionale di *e-procurement* è l'insieme delle piattaforme e dei servizi digitali che interessano l'intero ciclo dei contratti pubblici.

La BDNCP, sulla base di quanto prevede l'art. 23 del Codice, è la risorsa abilitante del sistema, su cui sono convogliati, grazie all'interoperabilità dei sistemi informativi<sup>18</sup>, i dati delle piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti e del portale dei soggetti aggregatori, i dati della c.d. *Piattaforma Digitale Nazionale Dati* di cui all'articolo 50-ter del CAD<sup>19</sup>, e i dati di tutte le altre piattaforme e banche dati dei soggetti pubblici coinvolti nell'attività relativa al ciclo di vita dei contratti.

La BDNCP, creando un sistema di dati "osmotico" che si arricchisce grazie all'interoperabilità, rende a sua volta disponibili i servizi e le informazioni necessari allo svolgimento delle fasi dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, anche ai fini del rispetto degli obblighi di pubblicazione contenuti nel d.lgs. n. 33/2013.

---

*dei contratti pubblici operano secondo le disposizioni della presente Parte e procedono all'atto dell'avvio della procedura secondo le disposizioni del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.*" Si noti che nel testo del codice di cui al d.lgs. n. 50/2016 il richiamo al CAD è limitato all'ambito delle comunicazioni e dello scambio di informazioni nelle procedure per gli appalti (escludendo quanto introdotto da ultimo con il decreto-legge n. 77/2021 nell'art. 81 del vecchio codice sul c.d. fascicolo dell'operatore), ambito che ritroviamo nell'art. 29 del nuovo codice.

<sup>16</sup> L'art. 21, comma 1, del Codice prevede: "*Il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, di norma, si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione.*"

<sup>17</sup> L'art. 62-bis è stato introdotto dall'art. 44, comma 1, d.lgs. n. 235/2010 e poi modificato dall'art. 53, comma 11, d.lgs. 217/2017 con la Riforma Madia.

<sup>18</sup> L'interoperabilità è tutelata anche da una previsione sanzionatoria ex art. 23, comma 7, del Codice: «*Nei casi in cui si omettano informazioni o attività necessarie a garantire l'interoperabilità dei dati, l'ANAC effettua una segnalazione all'AgID per l'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005.*»

<sup>19</sup> All'art. 50-ter comma 1 è previsto: "*La Presidenza del Consiglio dei ministri promuove la progettazione, lo sviluppo e la realizzazione di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) finalizzata a favorire la conoscenza e l'utilizzo del patrimonio informativo detenuto, per finalità istituzionali, dai soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, nonché la condivisione dei dati tra i soggetti che hanno diritto ad accedervi ai fini dell'attuazione dell'articolo 50 e della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese, in conformità alla disciplina vigente.*" La realizzazione della PDND costituisce uno dei target del PNRR.



I requisiti tecnici per la certificazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale ai sensi dell'art. 26 del Codice sono contenuti nella determinazione AgID n. 137/2023 del 1° giugno 2023.

Secondo le previsioni contenute negli artt. 22 e 25 del Codice, le piattaforme di approvvigionamento digitale, costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, sono utilizzate dalle stazioni appaltanti per lo svolgimento delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ed in specifico<sup>20</sup>. È garantita comunque la partecipazione alla gara in caso di comprovato malfunzionamento, come anche chiarito con il nuovo comma 3-bis dell'art. 99 del Codice, inserito dal Correttivo di cui al d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209.

L'ecosistema di *e-procurement* delineato avrà certamente un impatto rilevante, per le amministrazioni e per gli operatori economici che si dovranno rapportare con la gestione di un contratto pubblico<sup>21</sup>. Non è una novità l'utilizzo in sé dello strumento digitale, che era già presente nel mondo della contrattualistica pubblica<sup>22</sup>, ma è di sicuro rilievo l'architettura tutta digitale, che si è voluta oggi creare, e che fa presupporre l'abbandono, una volta a regime il suo pieno sviluppo, di ogni supporto cartaceo in ogni fase del ciclo di vita dei contratti, appunto.

Per economia del presente contributo, non è possibile tracciare le tappe del percorso di informatizzazione e di digitalizzazione che interessa, oramai da decenni<sup>23</sup>, la nostra

---

<sup>20</sup> In particolare per l'acquisizione o la redazione degli atti in formato nativo digitale, l'accesso elettronico alla documentazione di gara, la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico, la presentazione delle offerte, l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale, nonché il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

<sup>21</sup> Tra le riforme *abilitanti* del PNRR, ovvero fra gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati, oltre a sottolineare che l'adozione del nuovo Codice sui contratti pubblici è esso stesso attuazione di una riforma prevista dal Piano (*MICI-71 Riforma 1.10: Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni*), anche la creazione dell'ecosistema nazionale di *e-procurement* è una tappa (*MICI-75*) della stessa Riforma con obiettivo al 31 dicembre 2023 per il suo funzionamento. Vi è poi la riforma più generale indicata "*Recovery Procurement Platform*" - *Digitalizzazione e rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni aggiudicatrici* con obiettivo temporale per il completamento al 30 giugno 2026 (pp- 70 e 71 del PNRR).

<sup>22</sup> Per guardare soltanto al codice del 2016, si pensi al MEPA per gli acquisti sottosoglia e agli appalti c.d. "elettronici" di cui agli artt. 54 e ss. Oppure ancora all'art. 44 dal titolo *Digitalizzazione delle procedure*, che addirittura ha visto recente attuazione con il D.M. 12 agosto 2021, n. 148, dopo le numerose modifiche apportate allo stesso codice del 2016 dal primo decreto *governance* PNRR n. 77/2021 per anticipare, di fatto, molte delle regole contenute nel Codice per applicarle già agli appalti derivanti appunto dall'attuazione del Piano stesso. Anche questo era tra gli obiettivi del PNRR, già raggiunti: *Riforma 1.10 Riforma del quadro legislativo in materia di appalti pubblici e concessioni*, l'intervento *MICI-69*.

<sup>23</sup> Già nel 1979 nel suo ruolo di Ministro della Funzione Pubblica, Massimo Severo Giannini rilevava nel suo *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982,



# AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pubblica amministrazione, già tenuta in generale ad agire mediante strumenti informatici e telematici, ai sensi dell'art. 3-bis della legge n. 241/1990<sup>24</sup>. È invece forse interessante guardare al rapporto fra una digitalizzazione così "massiva" fatta propria dal legislatore delegato in occasione dell'adozione del Codice per la disciplina dei contratti pubblici, e il principio di trasparenza.

Il digitale è di certo un mezzo che facilita la trasparenza dell'azione amministrativa, ma è anche uno strumento che trova nella stessa trasparenza, data l'attuale evoluzione tecnologica, un limite positivo, per la garanzia dei diritti di cittadinanza digitale, i cui contorni, in corso di definizione, sono influenzati dalla progressiva (e non si sa quanto inarrestabile) informatizzazione dei rapporti fra governanti e cittadini<sup>25</sup>. L'art. 19 del Codice è chiaro nell'affermare che la digitalizzazione si debba muovere lungo i binari della garanzia di questi nuovi diritti di cittadinanza digitale e nel rispetto dei principi di neutralità tecnologica, di protezione dei dati personali, di sicurezza informatica, e appunto di trasparenza.

---

722, come l'informatizzazione potesse contribuire a favorire lo sviluppo dell'amministrazione, carente sia di elaboratori sia di risorse umane preparate all'uso della tecnologia. Sul piano normativo le riforme Bassanini degli anni Novanta hanno contribuito alla diffusione del mezzo telematico nella p.a. e all'inaugurazione del c.d. *E-government* per arrivare in tempi più recenti al concetto più ampio di *Open Government*. Si vedano S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004; B.G. MATTARELLA, *Informazione e comunicazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005; SATTÀ-CIOCCA, *La dematerializzazione dei servizi della P.A. Un'introduzione economica e gli aspetti giuridici del problema*, in *Dir. Amm.*, 2008; F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta: regole strumenti limiti dell'open government*, Rimini, 2014; R. CAVALLO PERIN, D. AULETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020.

<sup>24</sup> Rileva correttamente G. Carlotti nella sua relazione tenuta al convegno su "*I principi nel Codice dei contratti pubblici*", organizzato da *Fondazione CESIFIN-Alberto Predieri* svoltosi a Firenze il 14 aprile 2023: "(...) il dovere di digitalizzare l'intera attività amministrativa si ricavava già dall'art. 3-bis della l. n. 241 del 1990. Del pari, il principio del cd. "once only", ovvero dell'unicità dell'invio, non è altro, a ben vedere, che una evoluzione di quanto già stabilito nell'art. 18, commi 2 e 3, della medesima legge n. 241/1990 e poi ribadito nell'art. 43, commi 1 e 4, del d.P.R. n. 445 del 2000 sulle acquisizioni documentali e sugli accertamenti d'ufficio da parte delle amministrazioni precedenti. Ancora, il nesso tra digitalizzazione dell'attività amministrativa, da un lato, ed efficienza ed efficacia dell'organizzazione amministrativa, dall'altro lato, è ben tracciato dall'art. 12 del CAD, insieme a molti altri principi, tra i quali quello dell'interoperabilità dei sistemi."

<sup>25</sup> L'affermazione dei diritti di "cittadinanza digitale" è stata inserita nel CAD con il d.lgs. n. 217/2017. AgID ha pubblicato la *Guida dei diritti di cittadinanza digitale* definita dall'art. 17, comma 1-quinquies del CAD e adottata con Determinazione n.57/2022. La cittadinanza digitale si sostanzia nei diritti digitali che, grazie al supporto di una serie di strumenti e processi, contribuiscono a facilitare a cittadini e imprese la fruizione dei servizi della Pubblica Amministrazione, rendendola più vicina e accessibile agli utenti. Nell'ambito della *Missione 1* del PNRR è indicato l'*Investimento 1.4: Servizi digitali e cittadinanza digitale*: «Lo sforzo di trasformazione sugli elementi "di base" dell'architettura digitale della PA, come infrastrutture (cloud) e interoperabilità dei dati è accompagnato da investimenti mirati a migliorare i servizi digitali offerti ai cittadini.»





Infatti, la trasparenza è il principio che, in maniera più concreta, per come oggi concepito nell'ordinamento, consente un controllo "diffuso" anche sullo sviluppo, nell'ambito della pubblica amministrazione, della digitalizzazione, che, come detto, deve rimanere sui binari della cittadinanza digitale. L'argomentazione non trova conferma solo nel controllo sulle procedure c.d. automatizzate che utilizzano sistemi di *intelligenza artificiale*, pure contemplate all'art. 30 del Codice<sup>26</sup>, e nelle quali lo strumento digitale è utilizzato anche per il momento provvedimentale della scelta pubblica, ma nella consapevolezza comune che l'utilizzo della tecnologia debba sì contribuire al miglioramento del buon andamento, dell'efficienza e dell'efficacia dei procedimenti amministrativi, ma senza che ciò implichi e comporti un arretramento delle garanzie e dei diritti dei cittadini e degli operatori economici, né dei doveri gravanti sulle pubbliche amministrazioni.

### **3. La trasparenza "proattiva" nei contratti pubblici: il riordino della disciplina della pubblicità ... in attesa di future semplificazioni?**

Lo strumento digitale è di certo funzionale ad una migliore organizzazione della macchina amministrativa, per un perseguimento più efficace del principio di buon andamento: nell'ottica del PNRR, la completa digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici consente proprio di semplificare e velocizzare la scelta del miglior operatore economico per il perseguimento del fine che la pubblica amministrazione si è posta nel momento in cui ha deciso di rivolgersi al mercato per la realizzazione di un'opera, per l'esecuzione di un servizio, o per la fornitura di beni. D'altronde anche nel mondo del diritto si è arrivati alla consapevolezza che il livello di tecnicità cui è giunta la nostra società rende imprescindibile il supporto delle nuove tecnologie, e ciò anche nella pubblica amministrazione<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Sulle procedure automatizzate basate su sistemi di *intelligenza artificiale* la disciplina riportata nel Codice all'art. 30 è frutto e portata di un'ampia e nota giurisprudenza del giudice amministrativo che, nel rintracciare nell'ordinamento le regole alla base di una "decisione algoritmica" legittima, individua uno dei cardini dello sviluppo di questa innovativa tecnologia utilizzata dai decisori pubblici, proprio nel principio di trasparenza, con la configurazione di un "diritto alla conoscibilità" sancito espressamente al comma 3, lett. a), del summenzionato art. 30. Ampia è la dottrina sull'argomento: *ex multis*, A. CORRADO, *La trasparenza necessaria per infondere fiducia in una amministrazione algoritmica e antropocentrica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 5/2023; R. COVELLI, *Lavoro e intelligenza artificiale: dai principi di trasparenza algoritmica al diritto alla conoscibilità*, in *Labour & Law Issues*, 9(1), I.76-I.100, 2023.; G. LO SAPIO, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 11/2021; F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2017.

<sup>27</sup> "Il livello di complessità cui è ormai giunta la nostra società non è più adeguatamente conoscibile dalla "nuda" mente umana, che non è capace di vedere la realtà con quel livello di approssimazione che è necessario per affrontare e tentare di risolvere i problemi ad un livello accettabile. È come essere gravemente miopi o presbiteri e perseverare a non correggere l'anomalia indossando occhiali adeguati, guardare la realtà circostante senza l'ausilio del cannocchiale o del microscopio. Quindi c'è anzitutto un



La digitalizzazione nella materia degli appalti pubblici, tuttavia, non solo risponde all'esigenza di un più efficace svolgimento delle funzioni<sup>28</sup>, ma si pone in via diretta al servizio dei cittadini e degli operatori economici concorrenti.

Infatti, il nuovo sistema congegnato sulla raccolta, con la regola dell'unico invio, presso la BDNCP di tutti i dati interessanti il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, a disposizione delle piattaforme delle stazioni appaltanti grazie al meccanismo dell'interoperabilità, costituisce anche il "database" per gli obblighi di pubblicazione e per l'esercizio dei diritti di accesso, così come riformati dal Codice<sup>29</sup>.

Certamente nella disciplina previgente gli obblighi di pubblicazione, per la materia dei contratti pubblici, si ritrovano, senza un coordinamento puntuale e con il ruolo diverso e più incisivo dell'ANAC nella regolamentazione degli appalti<sup>30</sup>, nella legge n. 190/2012 (c.d. legge Severino) all'art. 1, comma 16, nel d. lgs. n. 33/2013 poi modificato dal d. lgs. n. 56/2017 (uno dei decreti della Riforma Madia), all'art. 37, e nel codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 50/2016 all'art. 29, come modificato dal decreto-legge n. 77/2021 (c.d. primo decreto *governance* PNRR) con un avvicinamento della disciplina a quella recata dal Codice, anzi di fatto anticipandola per raggiungere un *target* imposto dal PNRR.

L'art. 20 del Codice prevede che, a fini di trasparenza, i dati, le informazioni e gli atti relativi ai contratti pubblici sono indicati nell'art. 28 e sono pubblicati secondo quanto stabilito dal decreto legislativo n. 33/2013.

L'art. 28 stabilisce che, attraverso le piattaforme digitali delle singole amministrazioni, le informazioni e i dati relativi alle procedure dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, se non considerati riservati ovvero secretati, siano trasmessi tempestivamente

---

problema di capacità della tecnologia di consentire alle persone umane di vedere una quantità di elementi di cui altrimenti non terrebbero conto, ma c'è anche un secondo deficit, quello di capacità – tempo e forza – di analizzare l'ingente massa di dati di cui si è venuti a conoscenza." Così R. CAVALLO PERIN, *La digitalizzazione e l'analisi dei dati*, in R. CAVALLO PERIN – M. LIPARI – G. M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazione per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022. Ancora sull'argomento, D.U. GALETTA, "Open government", "open data" e azione amministrativa, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3/2019, 663 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, vol. IV, Firenze, 2016.

<sup>28</sup> Si veda A. G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 100 (3 2019), pp. 87-112,

<sup>29</sup> Con delibera n. 261 del 20 giugno 2023, come prevede l'art. 23, comma 5, del Codice, l'ANAC ha già individuato quali informazioni le stazioni appaltanti siano tenute a trasmettere alla *Banca dati nazionale dei contratti pubblici* attraverso le piattaforme digitali. Il provvedimento è entrato in vigore il 1° luglio 2023 ed acquisterà efficacia il 1° gennaio 2024.

<sup>30</sup> Si vedano sul sito istituzionale dell'Autorità nazionale anticorruzione la delibera 39/2016 "Indicazioni alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 co. 2 del d.lgs. 165/2001 sull'assolvimento degli obblighi di pubblicazione e di trasmissione delle informazioni all'ANAC ai sensi dell'art.1 co. 32 della l. 190/2012 come aggiornato dall'art. 8 co. 2 della legge 69/2015" e la delibera n. 1310/2016 "Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016".



alla *Banca dati nazionale dei contratti pubblici* istituita presso l'ANAC. Anzi, come indica il nuovo art. 37 del d. lgs. n. 33/2013, come sostituito dal d.lgs. n. 36/2023, gli obblighi di pubblicazione si intendono assolti con l'invio dei medesimi dati alla summenzionata Banca dati. Quest'ultima provvede così alla tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti, mentre le stazioni appaltanti assicurano il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale e la stessa BDNCP, secondo la disciplina sulla pubblicazione delle banche dati già prevista dall'art. 9-*bis* del d.lgs. n. 33/2013.

Con provvedimento adottato con delibera n. 261 del 20 giugno 2023, l'ANAC indica, ai sensi dell'art. 23, co. 5, del codice, le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla BDNCP attraverso le piattaforme telematiche. L'art. 28, co. 3, specifica in particolare che sono pubblicati 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.

Allo stesso tempo le stazioni appaltanti pubblicano comunque sulla sezione "Amministrazione Trasparente" del proprio sito istituzionale gli atti, i dati e le informazioni che non devono essere comunicati alla BDNCP e che sono individuati nell'Allegato 1 del provvedimento adottato dall'ANAC con delibera n. 264 del 20 giugno 2023 (art. 28, co. 4). Al riguardo l'art. 28, co. 3, esplicita che siano pubblicati sulla sezione "Amministrazione trasparente" la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

Dall'analisi degli articoli appena commentati, come pure dei provvedimenti attuativi dell'ANAC, si nota la sporadica menzione della c.d. piattaforma unica della trasparenza. All'art. 28, co. 3, del Codice è finanche previsto: "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 (...)*". Anche se trova menzione nel Codice la piattaforma in argomento è per il momento ad uno stadio progettuale, portato avanti dall'ANAC, anche con evoluzioni recenti con l'avvio di una consultazione pubblica, che di certo lascia prefigurare nuovi sviluppi sul tema degli obblighi di pubblicazione a fini di trasparenza<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> L'ANAC ha aperto una consultazione pubblica su "*Schemi di pubblicazione dei dati per la standardizzazione da adottare ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 33/2013*" affermando sul proprio sito istituzionale: "*L'Autorità Nazionale Anticorruzione, al fine di semplificare la pubblicazione e la consultazione dei dati, documenti e informazioni da pubblicare ai sensi del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ha avviato un percorso per la realizzazione di una Piattaforma unica della trasparenza,*



#### **4. Le nuove regole procedurali e processuali per l'accesso agli atti delle gare e della fase esecutiva dei contratti.**

Lo strumento digitale è inoltre posto alla base della nuova disciplina per la garanzia e per l'esercizio del diritto di accesso negli appalti pubblici. Già il d. lgs. n. 50/2016 recava un articolo specifico sulla materia in argomento<sup>32</sup>: il Codice, nel confermare le scadenze temporali per l'ostensione dei differenti momenti in cui si svolge la gara pubblica, al fine di non alterarne l'esito nel rispetto del principio di concorrenza, sancisce, all'art. 35, co. 1, che l'accesso, sia di tipo c.d. documentale di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990 sia di tipo civico e di tipo civico generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis di cui al d.lgs. n. 33/2013, e riguardanti anche la fase di esecuzione dei contratti, sia assicurato "*in modalità digitale*" attraverso le nuove piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all'art. 25, apprestate per il ciclo di vita dei contratti pubblici.

Affrontando innanzitutto l'accesso agli atti dei concorrenti alla gara, come indica la *Relazione* allo schema del Codice licenziato dal Consiglio di Stato, la circostanza che la gara sia svolta sulla piattaforma di *e-procurement*, alla quale i concorrenti possono accedere direttamente, consente agli stessi di avere accesso ai dati, alle informazioni o in alcuni casi ai documenti presenti sulla piattaforma, immediatamente una volta che le esigenze di differimento di cui all'art. 35, co. 2, siano venute meno.

Il nuovo sistema dell'accesso agli atti per gli operatori economici che partecipano alle gare pubbliche, per come delineato dall'art. 36, prevede al comma 1 che, a tutti i candidati ed offerenti non definitivamente esclusi, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90 siano resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata dalla stazione appaltante, l'offerta dell'aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione. Prevede inoltre, al comma 2, che ai concorrenti che si siano collocati nei primi cinque posti in graduatoria siano "*resi reciprocamente disponibili*" sempre con la stessa piattaforma gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate. Anche se non specificato, è logico ritenere che anche la disponibilità degli atti di cui al comma 2 sia contestuale al momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

---

*concepita come unico punto di accesso e consultazione dei dati che le amministrazioni sono chiamate a rendere conoscibili in virtù del citato decreto.*"

<sup>32</sup> L'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 dal titolo "*Accesso agli atti e riservatezza*" è collocato nella Sezione I del Capo I del vecchio codice, con l'art. 44 dal titolo "*Digitalizzazione delle procedure*".





Quest'ultima previsione è un'assoluta novità rispetto alla disciplina previgente e costituisce certamente una semplificazione amministrativa per la fase successiva all'aggiudicazione. Si evitano così, infatti, aggravati procedimentali con istanze di accesso, quasi sempre automatiche, dei concorrenti non vincitori, dal secondo collocato in graduatoria in poi, sulla base dello specifico dell'interesse rispetto ad un'eventuale impugnativa contro il provvedimento di aggiudicazione del vincitore e alla valutazione della c.d. prova di resistenza, per i ricorsi che non mirano all'annullamento e alla rinnovazione della gara<sup>33</sup>. Le interlocuzioni sull'accesso agli atti di gara sono in sostanza sostituiti dall' utilizzo della piattaforma digitale.

I successivi commi dal 3 all'8 dell'art. 36, in combinato disposto con l'art. 35, co. 4, lett. a), disciplinano un aspetto oggetto di un importante contenzioso nel corso degli anni, ovvero l'accesso agli atti sulle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Il Codice, se da un lato prevede ora l'esclusione dell'accesso come "possibile" per questo tipo di informazioni, a seguito di valutazione della stazione appaltante di un'apposita istanza di oscuramento dell'offerente, dall'altro per un opposto interesse all'accesso alle stesse informazioni richiede al concorrente interessato una prova di "indispensabilità" ai fini della difesa in giudizio, facendo proprio quell'equilibrio tra riservatezza tecnica e necessità difensive delineato dalla giurisprudenza amministrativa<sup>34</sup>. Sull'eventuale istanza di oscuramento del singolo offerente, provvede con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione di cui all'art. 90 la stazione appaltante, la cui decisione può essere impugnata ai sensi dell'art. 116 del Codice di giustizia amministrativa, ma con termini e modalità acceleratori<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Nella *Relazione* allo Schema del Codice licenziato dal Consiglio di Stato si rileva a commento della novità riportata nell'art. 35, comma 2: "Ciò inoltre potrebbe anche comportare partecipazioni alle procedure di gara "pretestuose" con allungamento dei tempi in quanto un ampliamento eccessivo della regola della conoscibilità diretta delle offerte potrebbe indurre molti operatori economici a partecipare alle gare a mero titolo esplorativo."

<sup>34</sup> Nella recente sentenza n. 287/2023 il Consiglio di Stato, anche sulla base delle statuizioni di cui all'Adunanza Plenaria relative all'art. 24, comma 7, della L. n. 241/1990 (sentenza n. 4/2021), ha riaffermato che la "valutazione di "stretta indispensabilità" costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale, richiedendo un "motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare". Ne risulta un sistema motivazionale c.d. "a doppia mandata", l'una dell'istante e l'altra dell'opponente, che la stazione appaltante sarà tenuta a ponderare ogniqualvolta emerga un potenziale contrasto tra riservatezza tecnica e necessità difensive.

<sup>35</sup> Con un termine decadenziale per l'impugnazione di 10 giorni anziché di 30. Peraltro occorrerà vedere come si coordinerà sul piano pratico l'eventuale azione impugnatoria avverso la decisione della stazione appaltante sull'istanza di oscuramento ex art. 36, co. 3, dal momento che questa decisione viene resa nota ai concorrenti con la stessa comunicazione di aggiudicazione.



L'art. 36 si conclude con la previsione del comma 9 secondo cui il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria<sup>36</sup> decorre "comunque" dalla comunicazione digitale di cui all'art. 90. La disposizione in argomento va letta con il nuovo articolo 120 del codice del processo amministrativo, introdotto con il d.lgs. n. 36/2023, il quale stabilisce che il termine di decorrenza per l'impugnazione degli atti delle procedure di affidamento decorra sì dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ma aggiunge "*oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'art. 36, comma 1 e 2, del medesimo codice*".

Non è chiaro il perché di tale discrasia. La previsione contenuta nell'art. 120 sulla decorrenza dei termini per l'impugnazione davanti al giudice amministrativo può essere letta come una conferma dell'orientamento affermatosi nella giurisprudenza con l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 12/2020 secondo cui, nelle gare pubbliche, la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta una "*dilazione temporale*" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario<sup>37</sup>. Ed è con il nuovo accesso, e cioè con la concreta "*messa a disposizione*" attraverso la piattaforma di *e-procurement*, che si realizza effettivamente la conoscenza da parte dei concorrenti degli eventuali profili di lesività delle rispettive posizioni.

Allo stesso tempo, proprio per quanto appena rilevato sulla concreta conoscenza degli elementi di illegittimità degli atti di gara che solo un accesso completo ed effettivo può garantire, la previsione dell'art. 36, co. 9, con una rigida fissazione del termine di impugnazione "comunque" dalla comunicazione di cui all'art. 90, limitativa, come visto, rispetto al nuovo art. 120 sul ricorso in materia di appalti, lascia spazio a dubbi interpretativi sulla sua reale portata, anche in relazione alla garanzia dei diritti di difesa.

Passando ora alla tipologia dei documenti accessibili in base alla nuova disciplina, va detto innanzitutto che l'art. 35, co. 2, del Codice riporta sostanzialmente le disposizioni di cui al 53, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016. Tuttavia, esso reca una specificazione di quali

---

<sup>36</sup> Sulle ammissioni alle procedure di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, si ricorderà la vicenda tormentata del comma 2-bis, poi abrogato, con la previsione di una preclusione della facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale, laddove non si fosse impugnato il provvedimento di ammissione entro 30 giorni decorrenti dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante.

<sup>37</sup> Di recente il TAR Sicilia Sede di Palermo con la sua sentenza 25.07.2023, n. 2483 ha sottolineato che in forza del noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020, la questione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è stata risolta mediante la predisposizione di uno schema articolato in momenti diversi di possibile conoscenza degli atti di gara, ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa decorrere il termine di impugnazione dell'aggiudicazione.



documenti non siano ostensibili fino all'aggiudicazione, e che quindi diventano accessibili dopo questo termine. Se infatti il vecchio codice all'art. 53, co, 1, lett. c), in maniera generale, dispone che il diritto di accesso sia differito "*in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione*", la nuova disciplina specifica e aggiunge, con le due disposizioni riportata alle lettere c) e d) dell'art. 35, co. 2, che il differimento fino all'aggiudicazione riguardi sia le domande di partecipazione, gli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione, i verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, sia le offerte e i verbali relativi alla valutazione delle stese e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti.

Come si può notare, poi, il legislatore del Codice è molto attento a specificare che l'accesso agli atti riguardi i verbali stilati nelle varie fasi della procedura di gara, poiché è attraverso questi documenti che la stazione appaltante manifesta il suo determinarsi nelle varie fasi della gara e che consente agli operatori concorrenti di fare le proprie valutazioni, anche in ordine ad una eventuale azione a difesa<sup>38</sup>. L'appunto riguarda anche il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con la specificazione che l'accesso riguardi "*i verbali riferiti a detta fase*".

Su questo tema va aggiunto che il Codice afferma in maniera chiara, in virtù del combinato disposto degli artt. 35, co. 2, e 36, co. 1, che l'accesso ai verbali di gara sia garantito ai concorrenti. Proprio questa specificazione potrebbe far presupporre che esso non valga ai fini degli obblighi di trasparenza di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013<sup>39</sup>. Anche alla luce dei regolamenti attuativi del Codice emanati dall'ANAC, la pubblicazione sul sito "Amministrazione trasparente" dei verbali di gara non trova esplicitazione<sup>40</sup>. Tuttavia, un'interpretazione che affermi la non obbligatorietà della

---

<sup>38</sup> La verbalizzazione delle attività espletate da un organo amministrativo costituisce un atto necessario, in quanto reca la descrizione degli accadimenti constatati e consente la verifica della regolarità delle operazioni svolte. L'importanza di tale attività certificativa è rimarcata dal regime di fidesfacenza che presidia la valenza dimostrativa dell'atto in questione (Cons. St. sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7270).

<sup>39</sup> La mancanza di chiarezza è stata accentuata da una recente delibera ANAC, la n. 434 del 19 settembre 2023, la quale afferma che fino alla data del 31 dicembre 2023 le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare i verbali delle commissioni di gara sul sito istituzionale delle stesse, come previsto dall'allegato 9 al Piano Nazionale Anticorruzione 2022, non esplicitando che sorte avrà la pubblicazione dei verbali a fa data dal 1° gennaio 2024, quando acquisteranno efficacia i regolamenti attuativi su digitalizzazione e trasparenza emanati dalla stessa Autorità.

<sup>40</sup> L'art. 28, co. 2, del Codice, come già indicato, prevede che le stazioni appaltanti assicurino il collegamento tra la sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale e la BDNCP. Il regolamento attuativo del summenzionato art. 28 recato dalla delibera ANAC n. 264 del 20 giugno 2023 integrata dalla delibera ANAC n. 601 del 19 dicembre 2023 dispone all'art. 3 che al fine di assolvere gli obblighi di pubblicazione in materia di contratti pubblici di cui all'articolo 37 del decreto trasparenza, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti comunichino tempestivamente alla BDNCP, ai sensi dell'articolo 9-bis del citato decreto, tutti i dati e le informazioni individuati nell'articolo 10 del provvedimento di cui all'articolo 23 del codice, e che vi sia sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", un collegamento ipertestuale che rinvia ai dati relativi all'intero ciclo di vita del contratto contenuti nella BDNCP così da garantire un accesso immediato e diretto ai dati da consultare riferiti allo specifico



pubblicazione dei verbali di gara, non solo contrasta con la specificazione dell'art. 35, co. 2, sull'accesso ai verbali, ma contraddicendo lo spirito del Codice improntato ad una trasparenza totale ed effettiva, sarebbe, per assurdo, finanche più restrittiva della disciplina precedente<sup>41</sup>. Anzi va aggiunto che per disposto dell'art. 35, co. 1, del Codice, l'accesso agli atti viene assicurato (anche) ai sensi degli artt. 5 e 5-bis del Decreto trasparenza.

Il richiamo al Decreto trasparenza consente, in conclusione di questo paragrafo, di rilevare come, con il Codice, vi sia l'espreso riconoscimento sul piano legislativo dell'accesso generalizzato di cui all'art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 33/2013 agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione, come ha affermato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 10/2020 già più volte menzionata sul valore attribuito nel nostro ordinamento al principio di trasparenza.

Le conclusioni cui è giunto il Consiglio di Stato chiude un vivace dibattito giurisprudenziale basato su interpretazioni non univoche del rapporto fra l'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 e l'art. 5, co. 2, del Decreto trasparenza<sup>42</sup> e sull'interesse ad accedere da parte di chiunque alle informazioni e ai documenti della fase esecutiva dell'appalto pubblico, fase caratterizzata, secondo un'interpretazione minoritaria, da disposizioni privatistiche.

Secondo l'Adunanza Plenaria, invece, il principio di trasparenza e il principio di concorrenza costituiscono principi generali che riguardano anche la fase esecutiva dell'appalto pubblico e non solo la fase di affidamento del contratto. Sussiste non solo l'interesse degli operatori economici concorrenti sull'esecuzione dell'appalto pubblico, ma anche quello dei cittadini ad una "conoscenza diffusa". Secondo la pronuncia del Consiglio di Stato: *"(...) l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi, ma sottoposta all'attività di vigilanza da parte dell'ANAC, trattandosi di una fase rilevante per l'ordinamento giuridico, come dimostrano le funzioni pubbliche di vigilanza e controllo previste, nella*

---

contratto della stazione appaltante e dell'ente concedente, dai primi atti all'esecuzione. Ed infine che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti pubblicano nella sezione "Amministrazione Trasparente" del proprio sito istituzionale gli atti, i dati e le informazioni che non devono essere comunicati alla BDNCP. Nel regolamento attuativo dell'art. 23 del Codice, di cui alla delibera n. 261 del 20 giugno 2023, all'art. 10 non sono menzionati, fra le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla BDNCP, i verbali, come pure non vi è menzione nell'Allegato 1 della delibera n. 264.

<sup>41</sup> L'art. 29 del d. lgs. n. 50/2016 prevedeva un obbligo di pubblicazione molto ampio.

<sup>42</sup> Secondo la linea interpretativa, restrittiva, che poi è stata superata dalla decisione dell'Adunanza Plenaria, si riteneva che l'art. 53 del vecchio codice appalti recasse una disciplina speciale dell'accesso agli atti, che non consentiva l'estensione dell'accesso generalizzato ex art. 5, co. 2, d. lgs. n. 33/2013, attribuendo altrimenti a soggetti non qualificati una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e a quella della fase esecutiva (*ex multis*, Cons. St. sez. V, 2.08.2019, n. 5503).





*cui cornice trova spazio, in funzione si direbbe complementare e strumentale, anche l'accesso generalizzato dei cittadini."*

Ebbene, nel richiamare contestualmente gli artt. 3-bis e 22 e ss. della legge n. 241/1990 e gli artt. 5 e 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, il Codice sancisce, senza dubbio, il diritto di accesso generalizzato a tutte le informazioni relative ai contratti pubblici, comprese quelle riguardanti la fase esecutiva.

## **5. Conclusioni: gli appalti pubblici "digitalizzati", un microcosmo peculiare e irripetibile oppure un virtuoso modello esportabile in altri settori della P.A.?**

Gli effetti dell'accelerazione verso il digitale contenuta nel vigente Codice dei contratti pubblici vanno costantemente monitorati e studiati, per verificare quale portata reale essi stanno avendo ed avranno: certamente, in base alla nuova disciplina, si fa prima a dire cosa *non* sarà digitalizzato. Se poi alla digitalizzazione degli atti e delle fasi delle procedure di gara e di esecuzione del contratto, si accompagnerà un'automatizzazione delle decisioni, soluzione introdotta dal Codice, ma che in un futuro prossimo potrebbe essere accentuata, la portata sarà significativa, se non dirompente.

Facendo una ricognizione sommaria nel panorama della nostra pubblica amministrazione, e a prescindere dai processi inesorabili, avviati già sul finire degli anni novanta, di informatizzazione dei rapporti fra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, soprattutto le amministrazioni locali con il dibattito ad esempio sulle c.d. *smart cities*, è possibile riscontrare un fenomeno, simile a quello dei contratti pubblici sul fronte della digitalizzazione, nella materia dell'edilizia e dell'urbanistica.

Nel settore dell'urbanistica, nel cui contesto si realizzano le opere pubbliche, i decisori pubblici sono sempre di più soggetti al controllo diffuso dei cittadini, organizzati spesso in forme associative o anche solo con l'utilizzo dei *social media*, e quindi ad un dovere di *accountability* sulle scelte che intendono adottare sul governo del territorio.

Secondo l'art. 21 del Codice, anche le attività riguardanti la programmazione e la progettazione di un contratto pubblico di lavori, comprendente quindi ad esempio la realizzazione di un'opera pubblica, dovranno essere gestite attraverso piattaforme e servizi digitali fra loro interoperabili, in quanto rientranti nel ciclo di vita digitale dei contratti pubblici. Nel contesto della programmazione delle opere pubbliche si inserisce anche il c.d. dibattito pubblico. Al riguardo, il Codice nel suo allegato I.6 nel disciplinare i casi di dibattito pubblico obbligatorio prevede uno svolgimento esclusivamente con strumenti informatici e digitali. Nulla esclude il ricorso a questi strumenti in tutti i casi, anche non obbligatori, di apertura della procedura di dibattito pubblico.

Si pensi inoltre al *Digital Building Permit* attinente propriamente al settore dell'edilizia, e rientranti nei programmi sull'*Europa digitale*, o anche al *Building Information*



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

*Modeling* (BIM) già previsto nel vecchio codice e il cui utilizzo è stato incentivato dal decreto-legge n. 77/2021 per le opere del PNRR. Si tratta, come indica il Codice all'art. 43, dell'insieme di *metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni*, la cui adozione da parte delle stazioni appaltanti è obbligatoria a decorrere dal 1° gennaio 2025 per la progettazione e la realizzazione di opere di nuova costruzione e per gli interventi su costruzioni esistenti per un determinato importo a base di gara, in precedenza superiore a 1 milione di euro, ed oggi, con il Correttivo al Codice (d.lgs. n. 209/2024) superiore a 2 milioni di euro. Tale strumento completamente digitale interessa anche la fase di esecuzione dell'opera pubblica e quindi se ne può intuire la portata anche in relazione all'accessibilità delle informazioni e dei dati che questo strumento raccoglie nel corso della realizzazione dell'opera medesima.

Comunque, il ricorso agli strumenti digitali che si riscontra nel settore degli appalti pubblici, anche se forse non ha un particolare rilievo se raffrontato al processo di digitalizzazione, a tratti pervasivo, che interessa in generale la società intera, assume tratti peculiari e forti nel panorama della pubblica amministrazione non solo per la disciplina del Codice, ma anche per il connubio creato con il principio della trasparenza. Il riassetto su una piattaforma totalmente digitale delle procedure di partecipazione e di gara, degli obblighi di pubblicazione, delle nuove regole sull'accesso per i concorrenti, del diritto di accesso generalizzato, assume infatti valore diverso proprio alla luce del principio di trasparenza: da un lato espansivo dei diritti vantati dai cittadini, dai concorrenti e da qualunque portatore di interessi rispetto ad un appalto pubblico, e dall'altro limitativo dello stesso mezzo digitale in quanto anch'esso deve essere sottoposto alle regole che sottendono al medesimo principio.