

INTRODUZIONE

Il presente volume raccoglie una serie di casi tratti dalla più recente giurisprudenza amministrativa, selezionati secondo criteri di rilevanza ed attualità delle tematiche oggetto di cognizione da parte del Giudice dell'Amministrazione.

Sempre in linea con detti criteri la selezione dei casi muove dal tentativo di abbracciare, in maniera il più esaustiva possibile, il complesso degli istituti oggetto oggi di dibattito e di orientamenti contrastanti, afferenti dalla branca del diritto amministrativo. In particolare, sono stati selezionati gli istituti di maggiore interesse afferenti alla generale disciplina del procedimento e del provvedimento amministrativo, così come una serie di complesse discipline di settore, tra le quali si segnalano la contrattualistica pubblica, l'edilizia e i regimi di responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

Tra gli argomenti selezionati, alcuni sono stati oggetto assai recentemente di pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, a controprova della loro centralità nell'attuale produzione giurisprudenziale, altri attengono a questioni certamente più tradizionali in ambito amministrativo, ma che nondimeno devono essere ritenuti di primaria importanza nell'ottica che qui preme, vale a dire la preparazione dei candidati in vista dell'esame di abilitazione per la professione di avvocato.

Il metodo seguito nella redazione e nello svolgimento dei casi selezionati mira a fornire al candidato un valido metodo di organizzazione del ragionamento coniugando aspetti pratici ed approfondimenti teorici degli istituti giuridici, sostanziali e processuali, rilevanti ai fini della risoluzione del caso.

Lo schema seguito per la risoluzione di ogni caso parte da un inquadramento giuridico dell'istituto analizzando, poi, le questioni giuridiche maggiormente problematiche e, conseguentemente la giurisprudenza rilevante, al fine di delineare, tra tutti i possibili rilievi critici connessi all'istituto, un percorso logico argomentativo coerente con le questioni di maggiore attualità. Infine, si conclude con l'individuazione di una possibile soluzione, frutto dell'applicazione al caso in oggetto dei principi di diritto enucleati.

QUESITO N. 1

Accesso difensivo

Il Comune di Artopoli aggiudicava l'appalto di servizi di pulizia del museo comunale alla società Caravaggio s.r.l. L'Amministrazione oltre a non inserire sulla piattaforma informatica la documentazione amministrativa dell'aggiudicataria e i verbali di gara, nel comunicare il provvedimento di aggiudicazione non ha nemmeno motivato in ordine all'oscuramento di una parte consistente dell'offerta tecnica presentata dalla aggiudicataria medesima.

La Gentileschi s.r.l., seconda classificata in graduatoria, in data 10 novembre 2024 presentava istanza di accesso agli atti avente ad oggetto i documenti relativi all'esecuzione del servizio da parte della Caravaggio s.r.l. lamentando l'omessa integrale pubblicazione, sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, degli atti di gara, con particolare riguardo alla documentazione amministrativa, tecnica ed economica relativa all'offerta della prima classificata.

La società motivava l'istanza con la necessità di accedere alla documentazione per esigenze difensive connesse alla tutela, anche in un eventuale giudizio, della propria posizione giuridica, rappresentando di avere "sommo interesse all'aggiudicazione dell'appalto de quo ed alla verifica, sia della regolarità dello svolgimento delle operazioni concorsuali relative alla procedura di gara in oggetto indicata, sia della congruità dell'offerta formulata". In particolare, la ricorrente sottolineava come in ragione della necessità di valutare sia l'eventuale sussistenza di ragioni di esclusione dell'aggiudicataria, sia la correttezza dei punteggi attribuiti dall'Amministrazione era indispensabile avere contezza delle caratteristiche dell'offerta tecnica.

Il Comune di Artopoli nel rispondere all'istanza della società si limitava a ostendere la documentazione amministrativa, omettendo di consegnare l'offerta economica e dando conto, con riguardo all'oscuramento dell'offerta tecnica, solo della dichiarazione presentata dall'aggiudicataria in sede di gara in ordine alla presenza di segreti tecnici e commerciali nella documentazione recante l'offerta tecnica, la quale d'altronde, risultava motivata in modo generico. La società Gentileschi, intenzionata a far valere le proprie ragioni, in data 20 novembre 2024 si recava dal proprio legale.

Il candidato assunte le vesti del legale della Gentileschi s.r.l. e premessi cenni sui tipi di accesso previsti dall'ordinamento, esponga i rimedi esperibili in giudizio a tutela della propria assistita, soffermandosi sulle peculiarità dell'accesso in materia di appalto.

**SCALETTA DETTAGLIATA
PER L'ESPOSIZIONE DEL QUESITO**

Incipit	<p>Disciplina rilevante:</p> <ul style="list-style-type: none"> – diritto di accesso e principio di trasparenza; – appalti; – silenzi amministrativi; – riti speciali (accesso). <p>Questioni problematiche:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Rapporto tra accesso documentale e accesso civico generalizzato e accesso speciale in materia di appalto. – La società seconda classificata in una gara di appalto ha diritto di accesso ai documenti di gara dell'operatore economico aggiudicatario? – Come si bilanciano in materia di contratti pubblici il diritto di accesso c.d. difensivo e il diritto alla riservatezza?
Inquadramento normativo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Diritto di accesso e principio di trasparenza. 2. Individuare le forme di accesso previste nel nostro ordinamento rilevanti nel caso di specie (documentale, civico semplice e civico generalizzato, accesso speciale in materia di contratti pubblici). 3. Far riferimento ai silenzi c.d. provvedimentali e, in particolare, al silenzio serbato dalla P.A. in materia di accesso (conseguenze). 4. Delineare la disciplina in materia di accesso nel nuovo d.lgs. n. 36 del 2023. 5. Inquadrare il tema del bilanciamento tra accesso difensivo e diritto alla riservatezza nel codice dei contratti pubblici.
Questione problematica	<p>Introdurre le questioni problematiche:</p> <p>Alla luce di quanto esposto, ci si deve interrogare se:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. e a quali condizioni la società seconda classificata abbia diritto ad accedere all'integrale documentazione di gara e, soprattutto alla documentazione presentata dall'operatore economico aggiudicatario; 2. e a quali condizioni le esigenze di difesa della società possano prevalere su quelle di riservatezza dell'operatore economico a non far conoscere propri segreti tecnici e commerciali; <p>Rilevano al riguardo gli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 36 del 2023 che disciplinano il diritto d'accesso agli atti nell'ambito delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici .</p>

Questione problematica	
	<p>– Sul piano sostanziale, si tratta di comprendere come devono essere applicati i commi 4 e 5 dell'35, d.lgs. n. 36 del 2023 (il comma 4, modificato dal d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, prevede che fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione:</p> <ul style="list-style-type: none">a) possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, anche risultanti da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico;b) sono esclusi in relazione:<ol style="list-style-type: none">1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale. <p>D'altronde il successivo comma 5, in relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) e b), numero 3), consente l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara). Il d.lgs n. 209 del 2024, poi, ha introdotto un comma 5 bis, stabilendo che in sede di presentazione delle offerte, gli operatori economici trasmettano alla stazione appaltante e agli enti concedenti il consenso al trattamento dei dati tramite il fascicolo virtuale dell'articolo 24, nel rispetto di quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante e dell'ente concedente del possesso dei requisiti di cui all'articolo 99, nonché per le altre finalità previste dal codice.</p> <ul style="list-style-type: none">– sul piano procedimentale e processuale occorre esaminare la particolari previsioni del nuovo art. 36, d.lgs. n. 36 del 2023.

	<ul style="list-style-type: none">– La Gentileschi s.r.l. potrà impugnare il provvedimento di accesso parziale del Comune entro 30 giorni dalla sua formazione con ricorso davanti al TAR competente <i>ex art. 116 c.p.a.</i>– Sussistono in capo alla Stazione appaltante specifici obblighi di ostensione della documentazione di gara;– Il G.A. per quanto riguarda l'ostensione completa dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria controinteressata, deve bilanciare da un lato, l'interesse della società Gentileschi srl alla trasparenza e alla tutela dei propri diritto e interessi legittimi correlati con la documentazione non ostesa dalla P.a., e, dall'altro, l'interesse alla riservatezza dei segreti tecnici e commerciali dell'impresa controinteressata.
Conclusioni	Nel caso di specie il diritto di accesso della società ricorrente può trovare tutela avendo l'affidataria controinteressata indicato negli atti di gara delle motivazioni solo generiche a fondamento della richiesta di oscuramento

INCIPIT

Disciplina rilevante:

- diritto di accesso e principio di trasparenza;
- tipologie di accesso: accesso documentale legge n. 241/90; accesso civico semplice e accesso civico generalizzato D.Lgs. n. 33/2013;
- accesso in materia di contratti pubblici ex artt. 35 e 36, d.lgs. n. 36 del 2023;
- silenzio qualificato (silenzio diniego).

Questioni problematiche:

- particolarità della nuova disciplina procedimentale e processuale in materia di accesso nell'ambito delle procedure di gara.
- La società seconda classificata in una gara di appalto ha diritto di accesso ai documenti della fase esecutiva del servizio?

INQUADRAMENTO NORMATIVO

Diritto di accesso e principio di trasparenza.

Il diritto di accesso dev'essere coordinato con il **principio di trasparenza** che governa l'azione amministrativa e si concretizza nel potere dei cittadini di esercitare un controllo democratico sullo svolgimento dell'*agere publicum* e sulla sua conformità alla Costituzione al fine di garantirne lo svolgimento imparziale.

In quest'ottica, la dottrina ha fatto riferimento alla P.A. come ad una **“casa di vetro”** il cui operato dev'essere conoscibile dai cittadini. Ecco che la trasparenza viene intesa come **accessibilità totale delle informazioni** e il principio di trasparenza diviene parametro di determinazione degli **standard qualitativi** dei servizi erogati dalla P.A. Il diritto di accesso rappresenta la concretizzazione del principio di trasparenza.

Esso è principio generale dell'attività amministrativa (art. 22 legge n. 241/90) ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni *ex art. 117, comma 2, lett. m*, Cost., che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 29, comma 2-*bis*, legge n. 241/90).

Il nostro ordinamento conosce tre forme “generali” di accesso:

- **Accesso documentale** artt. 22 ss. legge n. 241/90;
- **Accesso civico, semplice e generalizzato**, previsti dal D.Lgs. 33/2013.

Accesso documentale. L'accesso documentale consiste nel diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi. Tale diritto è riconosciuto a

chiunque vi abbia interesse per tutelare situazioni giuridicamente rilevanti. La relativa disciplina è contenuta nel Capo V della legge n. 241/90 (artt. 22-28) e nel d.P.R. 184/2006 che regolamenta la materia.

Oggetto dell'accesso sono i documenti amministrativi.

La legittimazione attiva spetta a tutti coloro che sono titolari di un interesse diretto, concreto ed attuale alla tutela di una situazione qualificata e differenziata connessa con il documento di cui chiede l'ostensione.

La legittimazione passiva è di tutte le pubbliche amministrazioni nonché di tutti i soggetti di diritto pubblico e di diritto privato che svolgono attività di pubblico interesse in conformità al diritto nazionale o dell'UE; enti pubblici anche economici riguardo all'attività di diritto pubblico svolta; aziende autonome; gestori di pubblici servizi; autorità di garanzia e di vigilanza; imprese di assicurazioni.

Sono previste delle **limitazioni del diritto di accesso** (art. 24 legge n. 241/90).

Limiti tassativi in cui il diritto di accesso è escluso: documenti coperti dal segreto di Stato (art. 39 legge n. 124/2007); procedimenti tributari; atti normativi, amministrativi generali, di programmazione e pianificazione; procedimenti selettivi relativamente a documenti concernenti informazioni di carattere psico-attitudinale relative a terzi.

Inoltre, il comma 6 prevede la possibilità del Governo di intervenire **con regolamenti** limitando ulteriormente l'accesso nelle materie di: sicurezza e difesa nazionale; relazioni internazionali; politica monetaria; ordine pubblico, prevenzione e repressione dei reati; riservatezza; attività di contrattazione collettiva nazionale di lavoro.

I limiti previsti dall'art. 24, commi da 1 a 6, possono essere derogati in caso di c.d. accesso difensivo, ai sensi del comma 7 del medesimo art. 24. Tale disposizione prevede che deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

A seconda delle modalità di esercizio del diritto di accesso distinguiamo due ipotesi:

1. **Accesso informale:** se non risulta l'esistenza di controinteressati (art. 5 d.P.R. 184/2006) viene presentata una richiesta informale di accesso indicando gli estremi del documento, l'interesse e l'identità.
2. **Accesso formale:** se ci sono dei controinteressati (art. 6 d.P.R. 184/2006) viene presentata una richiesta formale di accesso con comunicazione della P.A. ai controinteressati che, nei 10 giorni successivi, possono presentare motivata opposizione.

Trascorsi 30 giorni dalla presentazione dell'istanza senza che la P.A. si sia espressa, la domanda si intende respinta: c.d. **silenzio diniego**. Si tratta di un'ipotesi di **silenzio qualificato** o **provvedimentale** in cui il silenzio viene parificato ad un provvedimento tacito *quoad effectum* e, nello specifico, ad un diniego di accoglimento dell'istanza.

Tutela del diritto di accesso.

È previsto un doppio sistema di tutela *ex artt. 25 legge n. 241/90 e 116 c.p.a.*:

- **tutela amministrativa** (art. 25, comma 4, legge n. 241/90): in caso di determinazione negativa l'istante potrà ricorrere per il riesame al difensore civico (per gli atti delle amministrazioni degli enti territoriali) oppure alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (per gli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato), nominata con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e incaricata di vigilare sull'attuazione del principio di trasparenza, le cui funzioni sono determinate dall'art. 27 legge n. 241/90;
- **tutela giurisdizionale** (art. 87, 116, 133 c.p.a.): si tratta di uno dei casi di **giurisdizione esclusiva** del G.A. (ai sensi dell'art. 133 c.p.a.). Il giudizio si instaura attraverso la proposizione di un ricorso al T.A.R. competente impugnando le determinazioni della P.A. ovvero il silenzio provvedimentale ovvero l'inadempimento agli obblighi di trasparenza (in caso di accesso civico). Il ricorso dev'essere notificato all'amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati, pena l'inammissibilità dello stesso. Si tratta di un **rito speciale** che viene trattato in camera di consiglio *ex art. 87 c.p.a.*, deciso con una sentenza in forma semplificata. In caso di accoglimento del ricorso, il G.A. può condannare la P.A., qualora ne sussistano i presupposti, ad un *facere specifico* ossia all'esibizione del documento richiesto nonché alla sua pubblicazione.

Accesso civico.

Particolare forma di accesso introdotta dal D.Lgs. 33/2013. Si distinguono due "versioni" di accesso civico: l'**accesso civico semplice** e l'**accesso civico generalizzato** (c.d. FOIA, *Freedom of Information act*).

Accesso civico semplice (art. 5, comma 1, D.Lgs. 33/2013): risponde ad un modello di trasparenza "reattiva" in quanto il cittadino reagisce in caso di inadempimento della P.A. all'obbligo di pubblicazione delle informazioni alle quali è tenuta per legge (logica del *need to know*). Perciò, dall'obbligo della P.A. di pubblicare documenti e informazioni sorge, in caso di inadempimento, il conseguente diritto dei cittadini di richiederne la pubblicazione.

Accesso civico generalizzato (art. 5, comma 2, D.Lgs. 33/2013): risponde ad un modello di trasparenza "proattiva" in quanto si prescinde dall'inadempimento della

P.A. all'obbligo di pubblicazione e si predilige un modello di accesso che promuova la partecipazione democratica dei cittadini realizzando, di fatto, una forma di controllo diffusa dell'attività amministrativa (logica del *right to know*) poiché chiunque ha diritto di accedere ai documenti e ai dati detenuti dalla P.A. ulteriori rispetto a quelli che devono essere oggetto di pubblicazione.

Nell'accesso civico, sia semplice che generalizzato, la legittimazione attiva è riconosciuta a tutti e senza obbligo di motivazione specifica sull'interesse; quindi, non ci sono limitazioni quanto alla legittimazione soggettiva dell'istante.

L'istanza può essere presentata all'ufficio che detiene i dati/documenti, all'U.R.P. o al responsabile anticorruzione e trasparenza.

Perciò, una delle differenze fondamentali tra accesso civico e accesso documentale attiene **all'ambito soggettivo**: mentre il diritto di accesso è riconosciuto ai portatori di un interesse diretto, concreto ed attuale che dev'essere motivato, l'accesso civico riconosce a tutti, e senza onere di motivazione, il diritto di conoscere i documenti, i dati e le informazioni detenuti dalla P.A.

Accesso in materia di contratti pubblici.

Una particolare ipotesi di accesso agli atti è quella specificamente contemplata e disciplinata dal c.d. codice dei contratti pubblici, oggi contenuto nel d.lgs. n. 36 del 2023 che ha abrogato e integralmente sostituito il d.lgs. n. 50 del 2016.

Rispetto alla precedente disciplina contenuta nell'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, nell'attuale codice sono presenti ben due disposizioni che si occupano del diritto di accesso nell'ambito dei contratti pubblici, l'art. 35 e l'art. 36, i quali recano non solo disposizioni di carattere sostanziale, ma anche procedimentale e processuale.

Ecco allora che si pone il problema di comprendere chiaramente non solo quali sono i presupposti sostanziali per l'esercizio del diritto di accesso, ma anche le novità procedurali e processuali correlate.

QUESTIONE PROBLEMATICA

I presupposti del diritto di accesso in materia di appalti.

L'art. 35, d.lgs. n. 36 del 2023, impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-*bis* e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-*bis* del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Quindi, il codice, coerentemente con l'implementazione della disciplina relativa alle piattaforme telematiche e più in generale, alla digitalizzazione delle procedure, sancisce, in linea di principio il diritto all'“accesso diretto” agli atti di gara.

Quale deroga a tale principio sono previste ipotesi di differimento o anche di diniego di ostensione.

Sotto il primo profilo, è previsto che, fatta salva la disciplina prevista dal codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione;
- d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione;
- e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione.

Ulteriore regola di differimento è quella in forza della quale fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei termini sopra indicati gli atti, i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili. Per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblico servizio la violazione della presente disposizione rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale.

Il comma 4 dell'art. 35, come modificato dal d.lgs. n. 209 del 2024, invece, con riguardo alle ipotesi di diniego di ostensione, prevede che: fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione:

- a) possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, anche risultanti da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico;