

Il diritto di accesso nell'ambito delle procedure di appalto

di Giulio Marotta

Data di pubblicazione: 6-12-2018

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Trasparenza delle procedure e diritto di accesso nel Codice degli appalti. - 3. Il parallelismo tra normativa generale e speciale: profili generali. - 4. Il bilanciamento tra opposti interessi: la tutela rafforzata del segreto industriale. - 5. L'applicazione della normativa generale in materia di contratti pubblici. 6. Segue: l'accesso generalizzato. - 7. Contratti segreti

1.Introduzione.

L'accessibilità ai documenti amministrativi rappresenta un principio generale dell'attività delle pubbliche amministrazioni, volto ad assicurarne l'imparzialità e favorire la partecipazione attraverso una più compiuta conoscenza dei provvedimenti da esse adottati. La disciplina sul diritto di accesso è frutto di diversi provvedimenti di legge, che ne hanno via via ampliato l'ambito di applicazione; anche il Codice dei contratti pubblici detta specifiche disposizioni al riguardo, al fine di garantire trasparenza e tracciabilità nei procedimenti degli appalti e contrastare i fenomeni di corruzione e i conflitti d'interesse. Questo articolo analizza, alla luce della più recente giurisprudenza, alcuni aspetti problematici emersi in sede di applicazione dell'istituto dell'accesso nelle procedure di appalto, con particolare riferimento al coordinamento tra la normativa generale e la normativa speciale in materia di contratti pubblici.

2.Trasparenza delle procedure e diritto di accesso nel Codice degli appalti.

Il nuovo Codice, nell'ambito di una disciplina ispirata alla massima pubblicità di tutti gli atti delle procedure di affidamento [\[1\]](#), fa espresso rinvio alla normativa generale sul diritto di accesso di cui alla legge n. 241 del 1990 "fatto salvo quanto espressamente previsto dal presente codice". I tratti caratteristici della disciplina speciale dettata dal Codice possono essere così sintetizzati:

- possibilità per tutti i soggetti coinvolti (ivi inclusi i candidati esclusi) di richiedere per iscritto ulteriore documentazione, rispetto a quella obbligatoriamente oggetto di pubblicazione da parte dell'Amministrazione, al fine di conoscere gli atti di gara e le relative motivazioni, anche in funzione acceleratoria dell'eventuale contenzioso [\[2\]](#);
- una tempistica molto stringente per la presentazione dei ricorsi sui provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara (legati alla valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali richiesti per ciascun appalto) e per la relativa decisione, funzionale al principio di celerità sotteso al regime dei contratti pubblici: si vuole così

consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione [\[3\]](#) [\[4\]](#);

- il differimento dell'accesso di tutte le altre informazioni riguardanti le proposte che contengono le offerte tecniche ed economiche fino all'aggiudicazione definitiva, al fine di tutelarne la riservatezza a presidio della segretezza delle offerte medesime [\[5\]](#);

- l'esclusione da qualsiasi forma di divulgazione per pareri legali acquisiti per la soluzione di liti relative ai contratti pubblici, per le 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 [\[6\]](#) e per le parti dell'offerta riguardanti segreti tecnici o commerciali: per quest'ultime si fa un'eccezione solo per la difesa in giudizio degli interessi dei soggetti partecipanti alla gara e con riferimento esclusivo alla procedura di affidamento del contratto [\[7\]](#).

3. Il parallelismo tra normativa generale e speciale: profili generali.

I giudici amministrativi hanno più volte sottolineato la coerenza tra la normativa generale sul diritto di accesso e la specifica disciplina del Codice degli appalti [\[8\]](#). In materia di accesso va sempre verificata l'esistenza di un conflitto tra l'esigenza di trasparenza, invocata dal richiedente l'accesso, e quella di tutela della riservatezza del soggetto cui i documenti oggetto di accesso afferiscono: in base alla legge n. 241 del 1990 vi è una tendenziale prevalenza alla conoscibilità degli atti della pubblica amministrazione, specialmente nel c.d. "accesso difensivo": l'accesso può subire limitazioni nei soli casi indicati dalla legge e il diniego deve essere motivato, in particolare, in ragione della protezione di dati personali rilevanti ovvero di determinati interessi pubblici (ad esempio, le informazioni coperte da segreto di Stato o quelle che riguardino l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, le indagini giudiziarie). Per quanto concerne le procedure di gara, il Codice dispone una tutela rafforzata del segreto industriale. Spetta in ogni caso all'Amministrazione – e successivamente al giudice amministrativo [\[9\]](#)- la valutazione in ordine alla fondatezza delle dichiarazioni di riservatezza presentate dai soggetti controinteressati e delle contrapposte esigenze di tutela giurisdizionale del ricorrente, senza peraltro anticipare in alcun modo il giudizio in ordine alle concrete possibilità di successo della sua eventuale azione legale [\[10\]](#). L'accesso può essere esercitato dalla parte interessata a prescindere dalla pendenza o dalla proponibilità di un rimedio giurisdizionale, avendo previsto, anche nel settore degli appalti pubblici, la speciale figura di "accesso cd. difensivo": anzi, spetta al solo soggetto richiedente, una volta avuto accesso alla documentazione richiesta, la decisione in ordine a quali rimedi attivare a tutela dei propri interessi (*sul punto vedi più diffusamente infra, paragrafo 5*).

4. Il bilanciamento tra opposti interessi: la tutela rafforzata del segreto industriale.

L'aspetto peculiare della disciplina del Codice riguarda senza dubbio la tutela rafforzata del segreto industriale. Infatti, rispetto ai parametri stabiliti dalla legge n. 241 del 1990 per individuare il punto di equilibrio tra diritto di accesso e tutela della riservatezza in materia di segreti commerciali [\[11\]](#), le disposizioni dettate con riguardo alle procedure di evidenza pubblica finalizzate alla stipula di contratti di appalto [\[12\]](#) circoscrivono l'ampiezza del diritto di accesso, con riguardo specifico alla protezione delle informazioni relative all'offerta che

costituiscono segreti tecnici o commerciali; ciò è motivato dall'esigenza di non danneggiare le strategie commerciali delle società destinatarie dell'accesso, anche con riferimento a future gare, impedendo che l'accesso costituisca un mezzo per acquisire surrettiziamente informazioni di carattere riservato invece di essere finalizzato alla comparazione delle offerte [13].

Il Codice limita infatti il diritto di accesso, dal punto di vista soggettivo, alla tutela degli interessi giuridici dei soli soggetti concorrenti e, dal punto di vista oggettivo, con riferimento esclusivo agli atti della procedura di affidamento del contratto [14], al fine di ottenerne l'annullamento o, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma [15]. In una recente decisione del Consiglio di Stato, ad esempio, è stato negato l'accesso integrale all'offerta economica, richiesto dalla terza classificata, in quanto il soggetto ricorrente non avrebbe in ogni caso potuto conseguire un punteggio superiore a quello della ditta aggiudicataria dell'appalto [16].

L'esigenza di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale deve essere esplicitata preventivamente in sede di offerta mediante una "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente" in merito ai potenziali pregiudizi derivanti dalla divulgazione dei dati in essa contenuti, non essendo sufficiente la semplice opposizione all'istanza di accesso da parte dei soggetti controinteressati [17], restando escluso che la verifica della effettiva inerenza dei documenti al know-how dell'impresa controinteressata possa essere operata *ex officio* dal giudice [18]. Si riscontra al riguardo un orientamento prevalente della giustizia amministrativa volto a legittimare l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla medesima procedura di gara [19] [20], anche se non mancano pronunce che attribuiscono l'onere della prova a chi agisce per ottenere l'accesso agli atti [21]. In ogni caso, la stazione appaltante può adottare accorgimenti utili ad evitare la divulgazione di eventuali segreti tecnici o commerciali, inibendo la estrazione di copia di quelle parti dei documenti da cui potrebbero trarsi informazioni sui dati da mantenere segreti, se e nella misura in cui la loro acquisizione non risulti in ogni caso utile al ricorrente per la difesa dei propri interessi [22].

Nell'individuazione puntuale dei documenti, il cui accesso deve essere strettamente strumentale alla difesa degli interessi giuridici della parte ricorrente, occorre inoltre verificare se essi siano davvero attinenti alla disciplina di gara: tali interessi devono essere dimostrati con riferimento ai singoli documenti indicati nella richiesta di accesso [23] o a parti di essi [24]; come già sottolineato, il giudizio in ordine alla "pertinenza" dei documenti rispetto al *thema decidendum* non riguarda in ogni caso l'idoneità degli stessi a determinare l'accoglimento del ricorso in ordine alla validità delle procedure di gara [25].

5.L'applicazione della normativa generale in materia di contratti pubblici.

Al di là delle domande di accesso su documenti che riguardano aspetti legati al segreto industriale – strumentali alla contestazione dell'esito delle procedure di aggiudicazione di una gara di appalto – risultano comunque applicabili le disposizioni generali degli articoli 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 [26], senza che l'accesso configuri un'ipotesi di azione popolare volta al controllo generalizzato sull'attività amministrativa, ciò che non è consentito dall'ordinamento; né l'accesso è ostacolato dalla pendenza di un giudizio civile o

amministrativo, nel corso del quale gli stessi documenti potrebbero essere richiesti [\[27\]](#): fatti salvi i casi di appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza (*vedi infra, paragrafo 7*), vige cioè un generale principio di accessibilità agli atti di gara e l'accesso può essere differito ma non escluso [\[28\]](#): tale impostazione trova conferma nella giurisprudenza amministrativa, anche se non mancano decisioni di segno contrario, come evidenziato in questo paragrafo e in quello successivo.

L'accesso può essere funzionale all'acquisizione di elementi utili a un'eventuale azione giurisdizionale (ovvero in sede amministrativa per l'annullamento in autotutela) con riferimento al provvedimento di aggiudicazione [\[29\]](#) ovvero per sollecitare il parere dell'Autorità anticorruzione, ai sensi dell'art. 211 del decreto legislativo n. 50 del 2016, sulla regolarità della procedura selettiva [\[30\]](#).

L'accesso può essere richiesto altresì a prescindere dalla possibilità concreta di impugnazione dell'esito della gara [\[31\]](#). La documentazione di gara può inoltre fornire elementi per un'azione in sede civile [\[32\]](#) nei confronti di soggetti privati per risarcimento danno da concorrenza sleale o per illecito extracontrattuale o, ancora, per sollecitare meramente l'intervento del giudice penale.

Ci sono pronunce volte ad affermare il diritto di accesso non solo dei soggetti concorrenti ad una gara ma anche delle aziende che non hanno partecipato, in quanto escluse oppure non invitate [\[33\]](#), dovendosi comunque verificare l'esistenza di un interesse concreto e attuale al controllo degli atti successivi all'aggiudicazione, al fine di una tutela dei propri interessi: la verifica della correttezza dell'operato di un'impresa concorrente, vincitrice dell'appalto, può essere funzionale alla difesa delle aspettative di stipula di futuri contratti di appalto [\[34\]](#); la qualifica di operatore economico nello stesso specifico settore consente di affermare l'esistenza di una posizione giuridica differenziata, finalizzata ad una verifica del puntuale rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento previsti dalla legislazione vigente nella selezione delle ditte da invitare alle procedure di affidamento [\[35\]](#). Si segnalano però casi in cui l'accesso agli atti di gara è stato negato dal giudice amministrativo in assenza delle condizioni necessarie per contestare l'aggiudicazione, in assenza cioè del necessario rapporto di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la difesa degli interessi giuridici del ricorrente [\[36\]](#).

L'accesso agli atti di gara può essere proposto anche da soggetti totalmente estranei alla procedura di appalto, se titolari di un interesse differenziato e qualificato. La richiesta di accesso potrebbe infatti essere motivata dalla necessità di utilizzare documenti in possesso dell'Amministrazione per far valere propri diritti nei confronti di altri soggetti privati: la prassi evidenzia una pluralità di casi concreti, con soluzioni diverse adottate dai giudici amministrativi. E' stata ad esempio ritenuta legittima la richiesta di accesso ad alcuni documenti riguardanti il contratto concluso da un'Amministrazione comunale per la fornitura di energia elettrica, perché funzionali a far valere il proprio diritto di credito a fronte dell'inadempimento del Comune medesimo [\[37\]](#); analogamente, è stato autorizzato l'accesso agli atti di una gara di appalto da parte di un gruppo di professionisti perché tale documentazione risultava utile ai fini di un'eventuale azione in giudizio per ottenere il saldo delle prestazioni effettuate ma non saldate [\[38\]](#); la medesima decisione è stata assunta con riferimento al contratto di appalto

stipulato da una società, che aveva a sua volta sottoscritto due contratti con l'azienda ricorrente per l'esecuzione di alcuni lavori, che risultava pertanto titolare di un interesse qualificato ad accedere ai relativi documenti al fine di poter agire nei confronti della debitrice ed eventualmente anche della stazione appaltante [\[39\]](#) [\[40\]](#). Al contrario è stato negato l'accesso da parte di una società subappaltatrice, in quanto il relativo subappalto non era mai stato autorizzato: in presenza di un atto illegittimo, manca pertanto l'interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, e collegata ai documenti ai quali è chiesto l'accesso, che è richiesto dalla legge [\[41\]](#).

6.Segue: l'accesso generalizzato.

Alcune delle richieste di accesso ad atti di gara e documenti contrattuali sono presentate non solo ai sensi degli artt. 22 ss. della legge n. 241 ma anche del decreto legislativo n. 33 del 2013 (come modificato dal decreto legislativo n. 97 del 2016), che amplia gli ambiti di accessibilità del cittadino ai dati e alla documentazione detenuta dalla Pubblica amministrazione, anche mediante l'introduzione dell'accesso civico generalizzato (che non pretende motivazione ed un interesse qualificato), ispirato ai principi del *Freedom of information act* statunitense [\[42\]](#). Si tratta di un istituto che può assumere un notevole rilievo, se utilizzato correttamente da cittadini ovvero da associazioni e organizzazioni [\[43\]](#), al fine di esercitare un controllo di tipo diffuso anche sulla trasparenza delle procedure di gara e sulla legalità dei contratti pubblici [\[44\]](#). Non mancano pronunce dei giudici amministrativi discordanti al riguardo. Secondo un indirizzo giurisprudenziale, infatti, la disciplina sul diritto di accesso di cui al Codice dei contratti pubblici rappresenterebbe un "complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate" e ciò precluderebbe l'accesso indiscriminato alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati [\[45\]](#) [\[46\]](#). Al contrario, si afferma che proprio la disciplina sull'accesso generalizzato "impone alle Amministrazioni di pubblicare e garantire l'accesso a tutti i documenti, informazioni e dati, anche in assenza di motivazione, salvo i casi espressamente previsti dalla legge... 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" [\[47\]](#).

7.Contratti segreti.

Come già accennato, la normativa sull'accesso agli atti del Codice degli appalti fa espressamente "salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza [\[48\]](#). In realtà il Codice non detta alcuna disciplina specifica sul punto: e ciò obbliga l'interprete, in presenza di una posizione giuridica differenziata da tutelare [\[49\]](#), di individuare caso per caso il punto di equilibrio tra le esigenze di riservatezza, peculiari di questa tipologia di contratti, ed i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, ad essi comunque applicabili [\[50\]](#). A tutela del diritto di difesa di un'azienda che aveva partecipato alla gara è stato ad esempio riconosciuto l'accesso ad alcuni documenti (verbali di gara, documentazione amministrativa, offerte economiche dei

concorrenti) relativi all'assegnazione di servizi di intercettazione, in assenza di specifiche motivazioni da parte dell'Amministrazione interessata in odine alle esigenze di segretezza di tutti gli atti della procedura ad evidenza pubblica [\[51\]](#).

[\[1\]](#) Vedi in particolare le disposizioni di cui agli artt. 29 e 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016, così come modificato dal decreto legislativo n. 56 del 2017. “La trasparenza nelle procedure di gara non costituisce un principio meramente formale, bensì riveste carattere sostanziale in quanto teso - mediante la visibilità, la conoscibilità e la comprensibilità dell'azione amministrativa - a garantire la correttezza dell'operato dei soggetti pubblici e, specificamente, l'imparzialità e la par condicio del concorrenti” (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 4.7.2011, n. 13)

[\[2\]](#) Art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Il Tar Campania, sez. VIII, 2.2.2017, n.696, nell'escludere profili di incompatibilità delle disposizioni in esame con la carta costituzionale o con il diritto comunitario, sottolinea la necessità, per le parti interessate, di attivarsi tempestivamente ai fini di ottenere una piena conoscenza degli atti, utilizzando tutti gli strumenti per l'accesso alla documentazione di gara previsti dall'ordinamento, in modo così da proporre eventuali motivi aggiunti nel corso del dibattimento. Al riguardo vedi anche Tar Lombardia, sez. I, 10.9.2018, n.2056.

[\[3\]](#) A differenza di quanto previsto dal precedente Codice degli appalti, l'operatore economico può accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti già nella fase iniziale della procedura selettiva, senza cioè attendere l'aggiudicazione (cfr., tra le altre, Tar Emilia-Romagna, sez. II, 14.3 2018, n. 222 e Tar Roma, sez. III quater, 20.10.2017, n. 10561). Se la parte interessata non ha impugnato l'ammissione o l'esclusione non potrà far valere i profili inerenti all'illegittimità di tali provvedimenti in sede di ricorso dei successivi atti di gara: vedi tra le altre Consiglio di Stato, sez. V, 17.6.2014, n. 3079. Si segnala che il Tar Puglia, sezione III, ordinanza n. 903 del 20.6.2018, ha giudicato non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 120, comma 2 *bis*, del codice del processo amministrativo. Sulle condizioni atte a garantire la tutela effettiva dei ricorrenti, attraverso la disponibilità di tutte le informazioni sufficienti per individuare l'eventuale illegittimità degli atti nell'ambito del rito “superaccelerato” di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, del Codice del processo amministrativo, vedi la ricostruzione dei diversi orientamenti maturati in ambito giurisprudenziale contenuta in Tar Campania, sez. VIII, 18.1.2018, n. 394 e, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 31.10.2018, n. 6187.

[4] Sulla non applicabilità del “rito superaccelerato” nel caso in cui non si verifichi una netta distinzione tra la fase di ammissione/esclusione e la fase di aggiudicazione vedi Consiglio di Stato, sez. V, 28.02.2018, n. 1216.

[5] Il decreto legislativo n. 50 del 2016 d.lgs. n. 50/2016 “fa prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, salvo ripristinare la fisiologica dinamica dell’accesso a procedura conclusa” (Consiglio di Stato, sez. III, 17.03.2017, n. 1213). Tale regime si applica anche alla documentazione visionata in seduta pubblica (cfr. Tar Lecce, sez. III, 3.8.2018, n. 1262).

[6] La formulazione del nuovo Codice ha consentito di superare i problemi interpretativi emersi in passato con riferimento soprattutto alle richieste di accesso riguardanti le relazioni predisposte nell’ambito delle procedure di gara.

[7] Art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Il Consiglio di Stato, sez. V, 11.6.2018, n. 3594, riformando la precedente sentenza del Tar Lazio, ha precisato che non può essere equiparato alla relazione dell’organo di collaudo il documento denominato “verbale conclusivo di accertamento tecnico contabile”, stilato dall’organo di collaudo in seguito alla risoluzione del contratto di appalto, ex art. 138 comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

[8] Cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 27.6.2018, n. 3953 e Ordinanza Tar del Lazio, sez. III, n. 9655 del 2018.

[9] Nella valutazione, dei presupposti dell'accesso, il giudice amministrativo può adottare anche motivazioni diverse da quelle dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. VI, 12.1.2011, n. 117).

[10] Vedi, tra le altre, Tar Puglia, sez. III, 16.06.2017, n. 677.

[11] In base all'art. 24, comma 5, della legge n. 241 del 1991 è precluso l'accesso "quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari". Indicazioni al riguardo sono contenute nel paragrafo 8.3. delle Linee guida emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione (Determinazione n. 1309 del 28.12.2016). Tra le pronunce giurisdizionali vedi, tra le altre, Consiglio di Stato, sez. III, 16.7.2018, n. 4312, sez. III, 14.6.2018, n. 3688 e sez. III, 17.3.2017, n. 1213.

[12] Sulla sostanziale continuità tra il vecchio ed il nuovo Codice vedi Tar Emilia-Romagna, sez. II, 14.3.2018, n. 222, *cit.*

[13] L'art. 53 del Codice, che fa riferimento al "segreto" commerciale, appare più rigoroso e stringente dell'art. 24 della legge n. 241, che invece parla di "riservatezza" commerciale (Consiglio di Stato, sez. III, 17.03.2017, n. 1213, *cit.*). Particolare rigore deve essere applicato nel caso di appalti riguardanti l'acquisizione di progetti sperimentali e innovativi in un settore ad alto contenuto tecnologico (Consiglio di Stato, sez. V, 20.9.2016, n. 3909).

[14] Comma 6 dell'art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

[15]. In questo senso Consiglio di Stato, sez. IV, 28.07.2016, n. 3431; *contra* Tar Puglia, sez. III, 20.06.2017, n. 679, che ha invece ritenuto legittima la richiesta d'accesso integrale all'offerta della ditta aggiudicataria dell'appalto, anche in caso di decorso dei termini per l'impugnazione, in quanto "non può escludersi sotto un profilo oggettivo l'utilità, ricavabile dalla conoscenza degli atti di cui all'istanza, per le esigenze difensive perseguite".

[16] Consiglio di Stato, sez. III, 26.10.2018, n. 6083, di riforma della precedente sentenza del Tar Friuli-Venezia Giulia (sez. I, 14.6.2017, n. 214), che aveva al contrario giudicato non adeguatamente motivato il segreto industriale posto su alcune parti dell'offerta economica, non ritenendo altresì possibile, in quella sede, effettuare un giudizio anticipato sulle possibilità di accoglimento del ricorso.

[17] Tar Lazio, sez. II bis, 22.11.2018, n. 11335. Vedi anche Tar Puglia, sez. III, 20.06.2017, n. 679, *cit.*

[18] Così Consiglio di Stato, sez. III, 11.10.2017, n. 4724.

[19] Come osserva il Tar Puglia, sez. I, 22.4.2016, n. 546 "vi è una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, ove quest'ultimo sia effettivamente esistente ed impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo all'interno di una gara pubblica, proprio in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono quest'ultima".

[20] Cfr. tra le altre, Tar Sardegna, sez. I, 4.5.2018, nn. 401 e 407; Tar Lazio, sez. I, 19.5.2018, n. 5583; ordinanza del Tar Campania, sez. III, 20.4.2018, n. 2626; vedi anche Tar Veneto, sez. II, 6.6.2018, ordinanza n. 607; Tar Veneto, sez. I, 23.7.2018, n. 802; Tar Puglia, sez. II, 3.8.2018, n. 1259; Tar Calabria, sez. I, 28.9.2018, n. 1673. Si segnala anche una decisione del Tar Lazio che, nell'annullare il diniego di accesso, ha disposto il riesame da parte della stazione appaltante della richiesta di accesso medesima al fine di una più approfondita valutazione delle esigenze di riservatezza (sez. III, 1.10.2018, ordinanza n. 9655).

[21] Consiglio di Stato, sez. III, n. 6083 del 2018, *cit.*

[22] Consiglio di Stato, sez. VI, 1.10.2010, ordinanza n. 524.

[23] “Se è certo che la pretesa ostensiva con funzione defensionale di interessi dedotti in giudizio non postula alcun sindacato sull'ammissibilità e sulla fondatezza della domanda giurisdizionale, nondimeno, resta fermo che l'accesso non può avere finalità meramente esplorative, né può essere impiegato per sottoporre l'operato della stazione appaltante ad un controllo di tipo diffuso, con finalità ispettive quanto alle scelte operate dall'amministrazione” (Tar Milano, sez. I, 26.7.2018, n. 1843. Vedi anche Tar Milano, sez. I, 31.7.2018, n. 1900.

[24] Consiglio di Stato, sez. III, n. 6083 del 2018, *cit.*

[25] Ove si aderisse a siffatta opzione interpretativa, infatti, si attribuirebbero al giudice, cui è demandata la decisione sul ricorso incidentale in materia di accesso (tanto più in sede di appello avverso la sentenza di rigetto), compiti cognitori travalicanti l'oggetto del giudizio e sconfinanti in quello del giudizio principale” (Consiglio di Stato, sez. III, 11.10.2017, n. 4724).

[26] Consiglio di Stato, sez. V, 18.10.2017, n. 4813.

[27] Consiglio di Stato, sez. IV, 14.2.2006, n. 573; nello stesso senso Tar Puglia, sez. II, 3.8.2018, ordinanza n. 1259.

[28] Tar Valle d'Aosta, n. 34 del 2017, *cit.*

[29] Tar Lazio, sez. III, 16.10.2015, n. 11777. Vedi anche la decisione sulla legittimità della richiesta di accesso ad alcuni atti istruttori compiuti dall'Agenzia delle entrate, propedeutici all'adozione di un provvedimento di non aggiudicazione di una gara, e utili per la discussione del relativo ricorso (Tar Lazio, sez. II *ter*, 9.7.2018, n. 7645).

[30] In questo senso Tar Lazio, sez. III, 28.3.2017, n.3971. Nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 27.6.2018, n. 3953, *cit.*, si fa riferimento anche a strumenti di natura non remediale "come potrebbe essere semplicemente la costruttiva partecipazione ad un procedimento amministrativo, ad ex art. 10 bis l. 241/90".

[31] Così il Consiglio di Stato (sez. III, 19.4.2018, n. 2382), proprio facendo riferimento alla disciplina generale sul diritto di accesso del portatore di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, che non coincide con l'interesse al ricorso. E il Tar Napoli (sez. VI, 8.6.2018, n. 3875) ha autorizzato l'accesso, da parte della società seconda classificata in una gara di appalto, al contratto stipulato dalla ditta vincitrice, utile ad acquisire informazioni finalizzate alla tutela dei propri interessi. Sulla

legittimità delle richieste di accesso per atti successivi all'aggiudicazione, vedi anche Tar Lombardia, sez. IV, 24.10.2018, n. 2395.

[32] Tar Lazio, sez. II, 13.6.2018, n. 6628 sulla legittimità della richiesta di accesso agli atti da parte di una società nei cui confronti era stata disposta la risoluzione del contratto di appalto, se finalizzata a conoscere le modalità e le condizioni di affidamento ad altra impresa dei lavori oggetto del contratto risolto in suo danno.

[33] Il soggetto non invitato a partecipare ad una gara non ha d'altronde la possibilità di contestare in giudizio l'illegittimità dei relativi provvedimenti di aggiudicazione (Tar Sicilia, sez. III, 3.5.2017, n. 924).

[34] Tar Sicilia, sez. III, 14.11.2016, n. 2936 e sez. III, 13.09.2017, n. 2170. *Contra* Consiglio di Stato, sez. V, 19.3.2014, n.1349, di riforma della precedente sentenza del Tar Puglia, e Consiglio di Stato, sez. V, 17.6.2014, n.3079.

[35] Il Tar Campania, sez. V, 17.9.2018, n. 5521 ha ammesso l'accesso agli atti riguardanti l'affidamento in esternalizzazione delle prestazioni di assistenza domiciliare integrata da parte dei titolari di strutture sociosanitarie che forniscono prestazioni di riabilitazione in regime di accreditamento. Vedi, tra le altre, Tar Abruzzo, sez. I, 23.7.2018, n. 250.

[36] Nel caso esaminato dal Tar Sardegna, sez. I, 2.02.2016, n. 88 l'esclusione dalla gara per incompletezza dell'offerta (esclusione peraltro successivamente dichiarata illegittima dal Consiglio di Stato, sez. III, 3.11.2016, n. 4616) ha comportato il rigetto della richiesta di accesso all'offerta tecnica delle imprese concorrenti. Vedi anche Tar Sicilia, sez. IV, 30.10.2018, n. 2065, che ha giudicato irrilevante la richiesta di accesso alla documentazione

inerente il possesso dei requisiti di partecipazione della ditta vincitrice dell'appalto, in quanto non risulta provato che "l'accoglimento della proposta domanda avrebbe implicato il conseguimento del bene principale della vita, ossia l'aggiudicazione dell'appalto in affidamento, non essendo all'uopo sufficiente un mero interesse all'inserimento nella graduatoria nell'ottica di una futura, ipotetica ed eventuale prospettiva di scorrimento".

[\[37\]](#) Tar Calabria, sez. I, 18.6.2018, n. 376.

[\[38\]](#) Tar Puglia, sez. III, 15.3.2018, n. 356; in senso contrario vedi Tar Molise, sez. I, 21.5.2018, n. 296.

[\[39\]](#) Consiglio di Stato, sez. VI, 23.4.2018, n. 2452, di riforma della precedente sentenza del Tar Napoli, sulla base delle disposizioni di cui all'art. 118, comma 3, del decreto legislativo n. 163 del 2006, che regolavano la corresponsione degli importi dovuti.

[\[40\]](#) Il Consiglio di Stato, sez. V, 16.10.2017, n. 4784 ha autorizzato l'accesso agli atti da parte del proprietario di un immobile, sul quale l'appalto va ad incidere, e che intende salvaguardare la consistenza e il valore del diritto di proprietà dei condomini.

[\[41\]](#) Tar Lombardia, sez. I, 16.8.2018, n. 1997.

[\[42\]](#) In base all'art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013, "allo scopo di favorire

forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis". Sull'istituto dell'accesso generalizzato vedi, tra le altre, Consiglio di Stato, Adunanza di Sezione del 18 febbraio 2016, parere n. 515 e Consiglio di Stato, sez.VI, 31.1.2018, n. 651.

[\[43\]](#) In generale, è registrabile fino ad oggi un utilizzo contenuto di tale strumento, sia da parte di singoli cittadini che delle sue organizzazioni rappresentative.

[\[44\]](#) Vedi al riguardo le considerazioni svolte nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione (Adunanza della Commissione speciale, parere n. 2777 del 28.12.20169).

[\[45\]](#) Tar Emilia-Romagna, 18.7.2018, sez. I, n. 197, che ha così negato l'accesso, richiesto da un Consorzio di piccole e medie imprese che partecipa a gare di appalto indette sul territorio nazionale, ad una serie di documenti riguardanti una gara di appalto già espletata (dalla quale lo stesso ricorrente è stato escluso) e l'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla medesima gara per l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione degli automezzi appartenenti ad un'Azienda sanitaria di Parma.

[\[46\]](#) Nello stesso senso Tar Marche, sez. I, 18.10.2018, n. 677. Vedi anche Tar Roma, sez. II, 13.6.2018, n. 6628, *cit.* che, nell'autorizzare l'accesso ad alcuni documenti ai sensi della legge n. 241, ha invece giudicato infondata la domanda inoltrata ai sensi dal decreto legislativo n. 33.

[\[47\]](#) Tar Sicilia, sez. II, 6.9.2018, n. 1905, che ha accolto la richiesta di accesso ad alcuni documenti inerenti l'effettiva esecuzione di un contratto di appalto di un'azienda ospedaliera di Palermo, in previsione della possibile individuazione di un nuovo operatore per l'affidamento della medesima fornitura.

[\[48\]](#) Art. 53, commi 2 e 5, del decreto legislativo n. 50 del 2018.

[\[49\]](#) Nel caso di legittima esclusione da una gara, il ricorso per l'accesso agli atti risulta invece improcedibile (Tar Campania, IV, 14.9.2017, ordinanza n. 4387 e 7.12.2017, sentenza n. 5780, peraltro riformata da Consiglio di Stato, sez. V, 3.10.2018, n. 5690).

[\[50\]](#) Art. 4 del decreto legislativo n. 50 del 2018. Sulle regole minimali da applicare ai contratti "esclusi" dall'ambito di applicazione oggettiva delle norme del Codice vedi in particolare il parere del Consiglio di Stato sui poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione (Adunanza della Commissione speciale, parere n. 1241 del 10.5.2018).

[\[51\]](#) Tar Calabria, sez. I, 22.5.2017, n. 830.