

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti

Palermo, 19 aprile 2024, ore 14.30

Tar Sicilia Palermo

L'accesso nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici

di Fabrizio Giallombardo – Magistrato presso il Tar Sicilia, Palermo (Sez. II)



Premessa

Il **diritto di accesso** è definito dall'art. 22, co. 1, lett. a), L. n. 241/1990, come il **diritto degli interessati di prendere visione ed estrarre copia** di documenti amministrativi.

Come efficacemente affermato dal Pres. Veneziano nella cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, l'accesso costituisce un "**elementare dovere procedimentale**", il cui soddisfacimento dovrebbe costituire la misura di una (quantomeno basilare) efficienza della pubblica amministrazione¹.

L'affermazione del diritto di accesso ha contribuito al passaggio da un'Amministrazione "**chiusa**" a un'Amministrazione "**aperta**".

Negli ultimi anni l'accento si è spostato dall'accesso ad atti e documenti alla **trasparenza** dell'azione amministrativa.

Una disciplina organica sulla trasparenza è stata adottata solo in tempi relativamente recenti con il **d.lgs. n. 33/2013**, il cui art. 1 ha definito la **trasparenza come accessibilità totale** dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire **forme diffuse di controllo** sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

La trasparenza è **attuazione del principio democratico**.

Gli artt. 5 e 5-*bis* del d.lgs. n. 33/2013 hanno introdotto:

- l'**accesso civico**, volto a garantire l'ostensione di documenti, dati o informazioni di cui l'Amministrazione, pure obbligata alla pubblicazione, non ha a ciò provveduto;
- l'**accesso civico generalizzato** (introdotto solo nel **2016**, con il d.lgs. n. 97), che ha consentito anche al comune cittadino di accedere, seppure entro certi limiti, a documenti di cui non è obbligatoria la pubblicazione.

L'accesso nella disciplina dei contratti pubblici cerca di coniugare le **differenti anime** dell'accesso (**ostensione di documenti e trasparenza amministrativa**) in un contesto in cui si pongono, più che in altri settori dell'attività amministrativa, seri problemi di tutela del **segreto tecnico e commerciale**.

Ciò che **va bilanciato**, in estrema sintesi, è il diritto del partecipante alla gara (se non, addirittura, del semplice cittadino) di **conoscere gli atti** di una procedura di gara, con quello – non meno rilevante – di chi ha formulato un'offerta economica, recante una serie di **dettagli tecnici particolarmente riservati**, di non vedere "**scoperti**" da terzi i propri segreti.

¹ Cfr. la relazione sull'andamento dell'attività della sede di Palermo del Tar Sicilia nell'anno 2023, p. 18.

È un'attività particolarmente complessa, che non pochi problemi ha creato al Legislatore e alla giurisprudenza che, in vigore del **precedente codice dei contratti pubblici** ha dovuto individuare soluzioni innovative per risolvere **problemi nati, talora, anche da un – solo apparentemente banale - mancato coordinamento tra disposizioni di legge.**

Il riferimento è alla ben nota questione dell'applicabilità delle disposizioni sull'accesso civico generalizzato anche alle procedure di evidenza pubblica, risolto solo in epoca recente dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha innovato non poco la disciplina sull'accesso ai documenti nel contesto delle procedure di evidenza pubblica.

Il d.lgs. n. 36/2023 segue, in estrema sintesi, una **logica di carattere binario**:

- da una parte, vi è quella, che ormai potremmo definire "**classica**", dell'Amministrazione che, garantendo ampiamente il diritto di accesso, dovrebbe divenire una "**casa di vetro**", il cui interno è sempre (auspicabilmente) ben visibile da ogni prospettiva. Ciò contribuisce a instillare la **fiducia** nei cittadini e in chi si trova a interloquire con la pubblica Amministrazione nel settore degli affidamenti;
- dall'altra, vi è l'anima forse più **innovativa** del codice. L'accesso tende a divenire sempre più un "**accesso a dati e informazioni**". I byte di codice binario alla base di ogni applicativo utilizzato nelle procedure di evidenza pubblica divengono "**documenti**" consultabili dai partecipanti alla gara. A volte, è la piattaforma informatica stessa che può essere oggetto dell'accesso.

Risponde alla seconda delle suddette esigenze la nuova "**collocazione topografica**" delle norme sull'accesso. Si tenga conto che, mentre il d.lgs. n. 50/2016 inquadrava l'accesso all'interno del Titolo III ("**procedura di affidamento**"), Capo I ("**Modalità comuni alle procedure di affidamento**"), il d.lgs. n. 36/2023 ha inserito l'accesso nella Parte II ("**della digitalizzazione e del ciclo di vita dei contratti**"), collegandolo volutamente all'interno del c.d. "**e-procurement**".

L'inserimento della disciplina dell'accesso nella Parte II del codice comporta la sua applicabilità all'intero territorio nazionale: **l'art. 19, co. 6, d.lgs. n. 36/2023**, ha chiarito che le disposizioni della Parte II del nuovo codice dei contratti pubblici costituiscono esercizio della **funzione di coordinamento informativo, statistico e informatico** dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione.

Ci si potrebbe chiedere se tale affermazione possa valere anche in Sicilia, data la sua competenza esclusiva nella materia "**lavori pubblici**" di cui all'art. 14, co. 1, lett. g), dello Statuto.

Pochi dubbi possono nutrirsi sulla **piena applicabilità della disciplina sull'accesso nei contratti pubblici** che, come si vedrà, incide non poco sui tempi di impugnazione e, quindi, sulla **disciplina processuale**, di indubbia competenza legislativa esclusiva (art. 117, co. 2, lett. l, Cost.).

Tanto che **l'art. 1, c. 1, l.r. n. 12/2011** (come modificato dalla l.r. n. 12/2023) ha **recepito in Sicilia** il nuovo codice dei contratti pubblici, senza introdurre discipline derogatorie in materia di accesso.

Tornando al **rapporto tra accesso e informatizzazione**, dall'analisi della disciplina del codice emerge come **la stessa ostensione** di documenti rilevanti nell'ambito della gara sia stata concepita dal Legislatore come parte, più che della procedura di affidamento strettamente intesa, di un più ampio **sforzo verso l'informatizzazione** complessiva – ed effettiva – dell'evidenza pubblica; informatizzazione di cui la **trasparenza** amministrativa è un tassello tutt'altro che secondario.

Il nuovo codice, a differenza del d.lgs. n. 50/2016, ha più volte fatto menzione della trasparenza nell'ambito dei **principi generali** che regolano l'evidenza pubblica:

- l'art. 1, co. 1, (**principio del risultato**) afferma anche il **principio di trasparenza**. Trasparenza che, ai sensi del comma seguente «è funzionale alla massima **semplicità e celerità** nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena **verificabilità**». La Relazione al progetto di codice, laddove parla di “verificabilità”, la riconduce al concetto (tipico del diritto eurounitario) di **accountability**; vale a dire, di “responsabilità per i risultati conseguiti” e, quindi, di **controllabilità dall'esterno dell'azione amministrativa**. La trasparenza, come del resto rimarcato anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 10/2020) è espressione del **principio democratico**, come realizzato in una democrazia matura;
- il successivo art. 2, co. 1, esprime il **principio della fiducia**. L'azione amministrativa deve essere “legittima, **trasparente** e coerente”. La fiducia è alla base delle regole date dall'art. 5 in materia di **buona fede e affidamento**. La Relazione al codice ha evidenziato il carattere **innovativo** del principio di fiducia, che si contrappone alla logica del **sospetto** sull'attività dei pubblici funzionari; a ciò si connette, più in generale, la **riemersione della discrezionalità** nell'esercizio della funzione amministrativa, a lungo “mortificata” (come afferma la Relazione medesima) da una normazione di estremo dettaglio;
- anche l'art. 3 menziona la **trasparenza** in funzione dell'accesso al mercato degli operatori economici e, quindi, della **concorrenza**, che è uno dei cardini, più in generale, del diritto dei contratti pubblici (seppur modulato, come chiarito dalla Relazione al codice, in un contesto in cui l'aggiudicazione e l'esecuzione dell'appalto sono funzione del preminente interesse della committenza e, quindi, della collettività. Significativamente, la Relazione al codice parla di “**demitizzazione**” della concorrenza).

Anche nei principi, di carattere più marcatamente settoriale, che connotano la Parte II del nuovo codice, la **trasparenza** assume autonoma **rilevanza**.

Il riferimento è ai **principi e diritti digitali** (art. 19, d.lgs. n. 36/2023) e ai **principi in materia di trasparenza** (art. 20, d.lgs. n. 36/2023).

Tra i principi che devono caratterizzare le **piattaforme di e-procurement**, come affermato nella Relazione al progetto di codice, vi è quello di “**openness & transparency**”, improntato alla **condivisione delle informazioni e dati** tra amministrazioni e cittadini.

In quest'ottica può allora leggersi l'art. 19, d.lgs. n. 36/2023, in materia di:

- **digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti** (co. 1), che – oltre a essere uno degli **obiettivi del PNRR** - costituisce espressione del c.d. “*diritto di cittadinanza digitale*”, che ha avuto anche riconoscimento a livello unionale (cfr. la proposta della Commissione del 26 gennaio 2022, di sottoscrizione di una “dichiarazione sui diritti e i principi digitali”);
- **principio dell'unicità dell'invio** (co. 2), peraltro già espresso agli albori dell'era informatica dall'art. 18, co. 2, L. n. 241/1990²; norma sulla cui concreta attuazione può essere legittimo nutrire qualche dubbio atteso che, ove la stessa fosse stata pienamente attuata, l'espressione del principio dell'unicità dell'invio sarebbe apparsa, a oltre trent'anni dalla promulgazione della legge sul procedimento amministrativo, quantomeno ridondante.

² Qualora l'interessato dichiara che fatti, stati e qualità sono attestati in documenti già in possesso della stessa amministrazione procedente o di altra pubblica amministrazione, il responsabile del procedimento provvede d'ufficio all'acquisizione dei documenti stessi o di copia di essi.

Di particolare rilievo è, poi, il co. 3 del menzionato art. 19, a mente del quale *«le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici sono svolti digitalmente»* con l'utilizzo di piattaforme e servizi digitali di stazioni appaltanti ed enti concedenti.

In prospettiva, può quindi dirsi che l'accesso, probabilmente, guarderà sempre più a **“dati e informazioni”** e sempre meno a **“documenti”**.

Non per nulla, come si avrà modo di vedere, l'art. 35 del d.lgs. n. 36/2023, utilizza la locuzione di **“accesso agli atti”** per qualificare la fattispecie, e quella di **“acquisizione diretta di dati e informazioni”**, per individuare l'oggetto dell'accesso, con ciò discostandosi non poco dalla definizione di diritto di accesso contenuta nella l. n. 241/1990.

Di tale mutamento di prospettiva è ben consapevole lo stesso Legislatore, che ai successivi commi dell'art. 19 si preoccupa di garantire:

- che i titolari di banche dati garantiscano l'accesso alle informazioni presenti nelle loro banche dati (art. 19, co. 4, d.lgs. n. 36/2023);
- che siano adottati giusti presidi a tutela della sicurezza informatica (art. 19, co. 5, d.lgs. n. 36/2023);
- che sia assicurata: *i.* la **tracciabilità e la trasparenza** delle attività svolte da stazioni appaltanti ed enti concedenti; *ii.* la **conoscibilità dei processi decisionali automatizzati**; *iii.* **l'accessibilità delle piattaforme utilizzate nei limiti dell'art. 35** del medesimo decreto (art. 19, co. 6, d.lgs. n. 36/2023).

Con specifico riguardo ai **principi in materia di trasparenza**, l'art. 20 del d.lgs. n. 36/2023:

- rimanda all'art. 28 del d.lgs. n. 36/2023 quanto alla pubblicazione dei dati rilevanti³, ferma restando la pubblicazione nelle modalità del d.lgs. n. 33/2013 (co. 1);
- esprime in termini generali il **principio di unicità del luogo di pubblicazione e dell'invio delle informazioni** (co. 2).

La nuova disciplina.

Può ora passarsi all'analisi degli artt. 35 e 36 del nuovo codice, che disciplinano l'accesso agli atti nelle procedure di gara.

L'art. 35, d.lgs. n. 36/2023 e la disciplina generale sull'accesso

L'art. 35, co. 1, d.lgs. n. 36/2023, **condensa in un'unica disposizione** la logica pocanzi delineata (**trasparenza e digitalizzazione**), laddove prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano **“in modalità digitale”** l'accesso agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione dei

³ Di seguito il testo dell'art. 28, d.lgs. n. 33/2023:

1. *Le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 35 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 139, sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di cui all'articolo 25.*
2. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Sono pubblicati nella sezione di cui al primo periodo la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.*
3. *Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti, anche attraverso la piattaforma unica della trasparenza, e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto. In particolare, sono pubblicati 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.*
4. *L'ANAC, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, individua con proprio provvedimento le informazioni, i dati e le relative modalità di trasmissione per l'attuazione del presente articolo.*

contratti pubblici, “*mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme*”.

Uno dei **primi elementi di interesse** di questa disposizione è l'espreso riferimento, più che alle disposizioni della L. n. 241/1990 in materia di utilizzo dell'informatica (art. 3-*bis*, L. n. 241/1990) e di accesso agli atti (artt. 22, ss., L. n. 241/1990)⁴, all'**accesso civico** (art. 5, d.lgs. n. 33/2013) e all'**accesso civico generalizzato** (art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013).

In questo, come evidenziato dalla Relazione al codice, il Legislatore ha **crystalizzato** l'orientamento giurisprudenziale autorevolmente avallato dall'**Adunanza plenaria** del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. **10/2020**, ha chiarito l'applicabilità di tali istituti anche nel caso dell'accesso agli atti in materia di contratti pubblici. Com'è noto, il previgente art. 53, d.lgs. n. 50/2016, non faceva espressa menzione, in particolare, dell'art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013, inserito nel *corpus* del d.lgs. n. 33/2013 solo con il d.lgs. n. 97/2016, successivo all'adozione del vecchio codice dei contratti. Né il Legislatore, negli anni, aveva introdotto alcuna disposizione di coordinamento.

Nell'ottica di una comparazione tra la previgente e la nuova disciplina, ciò che più rileva è, tuttavia, il **passaggio netto** verso un “*accesso digitale*”.

Se il previgente art. 53, d.lgs. n. 50/2016, parlava di accesso agli atti e, al più, in caso di asta elettronica, di accesso alla “*documentazione in formato elettronico*”, il nuovo codice afferma – come detto – che **l'accesso avviene mediante acquisizione diretta di dati e informazioni**.

Ciò tanto nell'ottica di una **digitalizzazione sempre più “spinta”**, quanto in considerazione delle novità in ordine all'**ostensione “preventiva” di documenti** potenzialmente rilevanti in ottica contenziosa da parte dell'Amministrazione, che è oggetto – come si vedrà – della disciplina contenuta nel successivo art. 36, d.lgs. n. 36/2023.

L'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 36/2023, contiene una **disciplina più specifica in materia di differimento del diritto di accesso** rispetto a quella previgente: come emerge dalla lettura della Relazione al codice, l'obiettivo è stato quello di prevedere “*cosa*” si può ottenere e “*quando*” si può ottenere.

Un esempio: mentre l'ormai abrogato art. 53, d.lgs. n. 50/2016, si limitava a differire l'ostensione delle offerte sino all'aggiudicazione; ora è stato chiarito che tanto l'ostensione delle offerte, quanto quella dei verbali di valutazione delle stesse (così come gli atti, i dati e le informazioni alle medesime presupposti) è differita sino all'aggiudicazione.

Di seguito la disciplina di dettaglio del differimento. L'accesso è differito:

- **nelle procedure aperte**, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- **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;

⁴ **In sé forse nemmeno necessario**, avuto presente il generale rinvio alla L. n. 241/1990 operato dall'art. 12 del d.lgs. n. 36/2023.

- 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**;
- in relazione alle **offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse** e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'**aggiudicazione**;
- in relazione alla **verifica della anomalia dell'offerta** e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'**aggiudicazione**.

Proseguendo con l'analisi della disciplina, **non risulta innovativo il terzo comma** dell'art. 35, d.lgs. n. 36/2023, che si limita a riproporre, in buona sostanza, il disposto dei previgenti commi 3 e 4 dell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, sanzionando (anche penalmente) coloro che rendano accessibili o conoscibili gli atti, i dati o le informazioni per le quali è temporaneamente precluso l'accesso.

Di maggiore interesse sono gli ultimi due commi, in materia di **esclusione dell'accesso**.

Si è passati, infatti:

- **da una logica di esclusione obbligatoria** dell'accesso, senza che fosse rimessa all'Amministrazione un'autonoma valutazione;
- a una logica in cui, almeno con riguardo alle informazioni che costituiscono **segreti tecnici o commerciali**, così come con riguardo all'accesso a **piattaforme digitali e infrastrutture informatiche** utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale, l'Amministrazione è tenuta a svolgere un'**autonoma valutazione**.

Valutazione, peraltro, non del tutto coincidente nelle due ipotesi:

- nel caso delle informazioni che costituiscono **segreti tecnici o commerciali**, a monte, l'accesso **può** essere escluso. L'Amministrazione è quindi tenuta a vagliare **l'effettiva consistenza del segreto tecnico e commerciale**, che deve essere oggetto di una *motivata e comprovata* dichiarazione dell'offerente. L'utilizzo dell'ausiliare "*potere*" è indice di una condivisione di quell'orientamento giurisprudenziale formatosi sul previgente art. 53, d.lgs. n. 50/2016, che ha ritenuto necessario un **vaglio critico** dell'Amministrazione in ordine all'opposizione di un segreto tecnico o commerciale, che è tale alla luce delle disposizioni del codice della proprietà industriale⁵ (Cons. St., sez. V, 4220/2020; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 27 ottobre 2022, n. 3024; *ibidem*, 10 ottobre 2022, n. 2812);
- nel caso delle **piattaforme digitali e delle infrastrutture informatiche** utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, l'accesso "**è**" escluso ove siano coperte da diritti di privativa intellettuale. In questo caso è l'esistenza del diritto di privativa a comportare l'esclusione dell'ostensione.

Ciò che accomuna le due fattispecie è la previsione del comma 5 dell'art. 35 del nuovo codice dei contratti: tanto per i segreti tecnici e commerciali, quanto per le piattaforme digitali e le infrastrutture informatiche coperte da diritti di privativa intellettuale, è consentito l'accesso laddove **il concorrente** dimostri **l'indispensabilità dell'accoglimento** dell'istanza ostensiva ai fini della **difesa in giudizio** dei propri interessi giuridici "**rappresentati in relazione alla procedura di gara**".

⁵ Cfr. in particolare, l'art. 98, d.lgs. n. 30/2005, che definisce il segreto commerciale come "*le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:*
a) *siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;*
b) *abbiano valore economico in quanto segrete;*
c) *siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.* 138".

Si tratta di una disposizione che **riecheggia il travagliato rapporto tra accesso e riservatezza** di cui all'art. 24, co. 7, L. n. 241/1990, di cui in effetti riflette il bilanciamento di contrapposti interessi, seppure **con specifico riferimento alle differenti dinamiche di una procedura di gara.**

Tale precisazione, come condivisibilmente rilevato nei primi commenti alla disposizione, è espressione dell'accoglimento di un orientamento già espresso, in vigenza del d.lgs. n. 50/2016, dalla giurisprudenza amministrativa, di primo e di secondo grado⁶.

La conseguenza è che:

- **i concorrenti non possono – in linea di principio – accedere alle suddette informazioni**, a meno che non riescano a dimostrare un interesse *specifico* in relazione alla procedura di gara;
- **i non concorrenti** sembrerebbero essere sempre esclusi dall'ostensione di questi documenti. Ciò dovrebbe valere anche nei confronti di colui che non abbia partecipato alla gara in ragione di una **clausola immediatamente escludente** e che, avendo presentato tempestivo ricorso avverso il bando, alleggi – al fine dell'ostensione – un interesse collegato alla possibile proposizione di un ricorso per motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, infatti, in caso di impugnazione del bando di gara, non è necessaria - a pena di improcedibilità - anche l'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione, in quanto l'interesse strumentale alla ripetizione della procedura che assiste l'originaria impugnazione fa sì che un eventuale annullamento della *lex specialis* produca un effetto caducante sui successivi atti della procedura medesima, compresa l'aggiudicazione (Cons. St., sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8772). Peraltro, come recentemente chiarito dal giudice europeo, l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/Cee non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'Amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico anche laddove sia stato appurato, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico (Corte di giustizia UE, sez. X, 9 febbraio 2023, n. 53). Dunque, non parrebbe che – allo stato – vi siano elementi per distinguere tra i vari tipi di “*non concorrenti*” rispetto all'ostensione degli atti di gara coperti da segreto o da diritti di privativa intellettuale.

Se la possibilità dell'accesso alle informazioni che costituiscono segreti tecnici e commerciali non è una novità del nuovo codice (cfr. art. 53, co. 6, d.lgs. n. 50/2016), essa lo è invece quanto alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

Questa innovazione, la cui portata andrà verificata in sede di concreta applicazione delle disposizioni del codice, può salutarsi con favore, avuto presente che trattare differientemente i segreti tecnici o commerciali dai diritti di privativa intellettuale delle piattaforme digitali e delle infrastrutture informatiche avrebbe potuto esporsi a contestazioni in ordine alla disparità di trattamento tra **situazioni** – tutto sommato – **non così diverse tra loro.**

⁶ Cfr. la *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, quale norma procedimentale e processuale

L'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, è significativamente rubricato “*norme procedimentali e processuali in tema di accesso*”.

La prima osservazione, che nasce dalla stessa rubrica dell'articolo, è sulla commistione tra norme di carattere procedimentale e processuale.

Si assiste, a meno di un anno dall'entrata in vigore dell'art. 12-*bis*, D.L. n. 68/2022, conv. con modificazioni dalla L. n. 108/2022, che ha velocizzato i **giudizi amministrativi sul PNRR**, all'introduzione di **ulteriori norme di carattere processuale al di fuori del codice del processo amministrativo**. Il quale – è bene ricordarlo – è stato emanato (anche, se non soprattutto) con l'obiettivo di unificare in un **unico corpus normativo** le disposizioni processuali del giudizio amministrativo, sino ad allora sparse in diversi testi, non sempre perfettamente coordinati tra loro⁷.

Per quanto si tratti, nel caso dell'art. 12-*bis*, D.L. n. 68/2022, di disposizioni processuali strutturalmente “*a termine*”, in quanto connesse al PNRR e, nel caso dell'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, di disposizioni processuali “*speciali*” o comunque “*settoriali*”, in quanto riguardanti specifiche peculiarità dell'accesso agli atti delle procedure di evidenza pubblica, è comunque opportuno evidenziare come, ancora una volta, il Legislatore abbia inteso introdurre una **disciplina processuale “esterna”** al codice del processo amministrativo che, in tal modo, ha – seppure temporaneamente e parzialmente – perso il “monopolio della regolazione” del giudizio amministrativo.

Passando, più nel dettaglio, all'analisi dell'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, è apprezzabile il tentativo di rendere immediatamente trasparenti gli atti più rilevanti della gara. In particolare:

- il **primo comma** prevede che, contestualmente alla **comunicazione dell'aggiudicazione**, tutti i **candidati e offerenti non definitivamente esclusi** possono consultare, tramite la c.d. “*piattaforma di approvvigionamento digitale*” di cui all'art. 25, d.lgs. n. 36/2023: *i. l'offerta dell'aggiudicatario; ii. i verbali di gara; iii. gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione;*
- il **secondo comma** estende ulteriormente l'ambito dell'ostensione, statuendo, per i primi **cinque operatori economici** della graduatoria, la **reciproca disponibilità** delle offerte e degli atti di cui al co. 1.

L'esigenza di **conoscere l'offerta dell'aggiudicatario ben oltre il confine dei primi cinque offerenti utilmente collocati in graduatoria** discende, come chiarito dalla Relazione al progetto di codice, da due ordini di ragioni:

- dare **attuazione all'art. 55, par. 2, lett. c), dir. n. 24/2014**, ai sensi del quale l'Amministrazione comunica entro quindici giorni dalla richiesta ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata, consentendo quindi a tutti gli offerenti – quantomeno a richiesta – di conoscere l'offerta selezionata;
- dare seguito alla menzionata **sentenza n. 10/2020 dell'Adunanza plenaria** del Consiglio di Stato, che – come detto – ha definitivamente consentito al *quisque de populo* di conoscere gli atti della procedura di gara.

In altre parole, **l'offerta dell'aggiudicatario è considerata “di interesse pubblico”** in quanto è quella che l'Amministrazione non solo si impegna a realizzare, utilizzando all'uopo i fondi pubblici.

⁷ Anzitutto, ma non solo, la L. n. 1034/1971, con riguardo al giudizio di primo grado e il R.D. n. 1054/1924, con riguardo al giudizio innanzi al Consiglio di Stato.

A queste esigenze se ne aggiunge, probabilmente, **un'altra, di carattere più marcatamente processuale.**

L'immediata – e automatica (o quasi) - ostensione degli atti sopramenzionati garantisce (*recte*, dovrebbe garantire) **certezza sui tempi di impugnazione** degli atti di gara, in modo da assicurare, anche per tale via, una **rapida definizione del contenzioso** in materia di appalti che, com'è noto, ha visto negli ultimi anni un continuo impegno del Legislatore, a cui ha fatto seguito un costante sforzo della giurisprudenza.

È appena il caso di ricordare come il **mancato coordinamento dell'art. 120, c.p.a., con il d.lgs. n. 50/2016**, aveva creato una situazione di incertezza in ordine ai tempi di proposizione del ricorso giurisdizionale proprio in relazione alla necessità di computare il tempo necessario all'accesso ai documenti di gara, e che solo di recente l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito importanti principi in materia, affermando che la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la **dilazione temporale** laddove i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (Cons. St., **Ad. pl. n. 12/2020**).

Una simile ipotesi, se non del tutto esclusa dai primi due commi dell'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, può senz'altro dirsi più remota: potrebbero, ad esempio, risultare problematici i casi della mancata – integrale – pubblicazione dei documenti menzionati nel primo comma o di malfunzionamenti della piattaforma informatica (che, ad esempio, non consente di visualizzare tutti i documenti).

In tali casi, peraltro, vi sarebbe verosimilmente spazio, più che per un ricorso oltre il termine di legge, per proporre un **ricorso per motivi aggiunti**, avuto presente che l'**art. 36, co. 9**, d.lgs. n. 36/2023, afferma che il **termine di impugnazione dell'aggiudicazione**, nonché della ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella della aggiudicazione **decorre comunque dalla comunicazione dell'aggiudicazione.**

Tale norma è stata sostanzialmente riproposta nell'art. 120, c. 2, c.p.a.

Anche nel caso dell'art. 36, co. 9, d.lgs. n. 36/2023, va segnalata la presenza di una **norma di carattere processuale** (e di particolare rilievo, quale quella disciplinante il ***dies a quo* dell'impugnazione di atti centrali della procedura di gara**) nell'ambito di una **disposizione esterna al codice del processo amministrativo** e, peraltro, contenuta in una **norma che riguarda la differente materia dell'accesso.**

Tornando agli aspetti più strettamente connessi all'accesso agli atti, può dirsi che la disciplina ostensiva contenuta nei primi due commi dell'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, disegna una **“casa di vetro” più o meno cristallina a seconda della prospettiva da cui la si guarda.**

Le posizioni dei soggetti partecipanti alla gara non sono tra loro omogenee e sono, per di più, differenti rispetto a quelle degli estranei alla gara.

Sintetizzando:

- **tra i primi cinque** concorrenti in graduatoria, la trasparenza è (in linea di principio) automatica, completa e reciproca;
- **dal sesto concorrente in poi** la trasparenza è, per così dire, **parziale e unidirezionale**, riguardando unicamente l'offerta dell'aggiudicatario e gli altri atti menzionati dall'art. 36, co. 1, d.lgs. n. 36/2023. I concorrenti dal sesto posto in poi in graduatoria potranno sapere tutto (o quasi) sull'offerta dell'aggiudicatario e nulla, se non previo accesso *ex art.* 35, d.lgs. n. 36/2023, sugli altri concorrenti;

- **per gli estranei alla gara**, l'accesso è invece garantito nei termini di cui all'art. 35, d.lgs. n. 36/2023.

Si tratta, evidentemente, del frutto di un contemperamento tra interessi diversi, alla cui base stanno due ordini di considerazioni:

- in **ottica strettamente processuale**, difficilmente i concorrenti dalla sesta posizione in poi della graduatoria potrebbero avere interesse a impugnare gli atti di gara. Ancor meno interesse possono avere gli estranei alla gara (ivi incluso il “*non concorrente*” che contesta a monte la clausola di esclusione, di cui si è già detto);
- in **una prospettiva di più ampio respiro**, mentre l'ostensione dell'**offerta dell'aggiudicatario** è generalizzata in ragione dell'**interesse pubblico** sotteso all'esigenza di conoscere come l'Amministrazione utilizza i fondi pubblici, e mentre l'ostensione reciproca delle prime cinque offerte risponde all'esigenza di definire in tempi certi il contenzioso sugli appalti, l'**ostensione delle offerte dalla sesta posizione in poi non risponde a nessuno di questi due interessi**, ferma restando, ovviamente e su richiesta, la possibilità di accesso alle medesime.

Ma questo è, nondimeno, un segnale del fatto che la **trasparenza**, che è senz'altro un pregio del nuovo codice degli appalti, comporta sempre la **necessità di un bilanciamento** con posizioni giuridiche meritevoli di tutela.

Sintetizzando: **nemmeno la trasparenza è un “diritto tiranno”**.

Ci si ricorderà del fatto che l'art. 35, co. 4, lett. a), d.lgs. n. 36/2023, consente l'esclusione facoltativa (nei termini di cui si è detto) delle informazioni che costituiscono un **segreto tecnico o commerciale**.

Ne discende che, coerentemente, l'art. 36, co. 3, d.lgs. n. 36/2023, prevede la possibilità che siano escluse **dall'ostensione** quelle parti delle offerte che sono state indicate dai primi cinque operatori come espressione di un **segreto tecnico o commerciale**. In questo caso l'amministrazione deve dare atto delle relative decisioni nella **comunicazione dell'aggiudicazione** di cui all'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 36/2023.

Ciò comporta, tuttavia, una **frizione** con l'obiettivo di un'ostensione piena e immediata: *i.* dell'offerta dell'aggiudicatario agli offerenti non esclusi; *ii.* delle offerte dei primi cinque concorrenti in graduatoria tra di loro.

Nasce, conseguentemente, l'esigenza di **definire rapidamente eventuali controversie** che dovessero insorgere in ordine all'ostensione (o alla mancata ostensione) di **parti delle prime cinque offerte che costituiscano segreti tecnici e commerciali**.

Sul punto, giova premettere che, come rilevato nei primi commenti alla norma⁸, la decisione dell'Amministrazione in ordine alla richiesta di oscuramento, in questi casi, **non sembra passare da un previo contraddittorio procedimentale**: il meccanismo parrebbe essere, piuttosto, quello della “*istanza di oscuramento – decisione dell'Amministrazione – impugnazione giurisdizionale*”.

Manca, in altre parole, dal preavviso di rigetto *ex art. 10-bis*, L. n. 241/1990, la cui applicazione – del resto – è esclusa nelle procedure concorsuali.

Il quarto comma dell'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, prevede che, **avverso le decisioni sulle istanze di oscuramento dei primi cinque offerenti in graduatoria**, è possibile agire ai sensi dell'art. 116, c.p.a.

⁸ Cfr. la *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il richiamo all'art. 116, c.p.a., non realizza tuttavia un mero rinvio al rito per l'accesso: i successivi commi dell'art. 36, cit., connotano infatti un **rito peculiare** con riguardo a differenti elementi:

- il **termine per l'impugnazione (notificazione e deposito** del ricorso avvengono entro **dieci giorni** dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione);
- il termine per la costituzione delle parti intimare (dieci giorni dalla notifica del ricorso);
- la **fissazione della camera di consiglio** in cui verrà trattata la causa (la prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al quinto giorno dal deposito del ricorso);
- la **definizione del giudizio** (nella stessa udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni e con motivazione che può essere data anche da un mero richiamo delle argomentazioni delle parti).

In altre parole, l'art. 36, d.lgs. n. 36/2023, ha introdotto una sorta di **rito super-speciale di accesso.**, esterno al codice del processo amministrativo che, pur richiamando l'art. 116, c.p.a., se ne distacca sotto i visti profili, evocando per certi versi il **rito cautelare** (non per nulla il termine di fissazione della camera di consiglio di discussione è stato fissato dimezzando l'ordinario termine – già breve – di discussione delle istanze cautelari) e, per altri versi, il **rito elettorale** (quanto alla sentenza pronunciata immediatamente e pubblicata in termini particolarmente brevi, anche mediante richiamo agli atti delle parti).

Andrà, poi, verificato in sede di applicazione di questo nuovo rito in che misura lo stesso potrà dirsi compatibile con eventuali **esigenze di carattere istruttorio**, che potrebbero presentarsi in sede giurisdizionale ma che non sembrano essere state considerate dalla norma. Come si è detto, il ricorso è deciso nella medesima udienza di discussione.

Altro interrogativo sollevato⁹ è quello dell'obbligo di impugnazione, entro dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, della decisione in ordine all'oscuramento di parti dell'offerta con riguardo ai **concorrenti dalla sesta posizione in poi**.

Detti soggetti **non hanno alcuna contezza del contenuto delle offerte successive alla prima**, in ordine alle quali hanno tuttavia ricevuto, in uno con la comunicazione dell'aggiudicazione, anche le determinazioni dell'Amministrazione sulle relative istanze di oscuramento.

In linea teorica essi potrebbero trovarsi nella situazione di valutare l'impugnazione della determinazione con cui l'Amministrazione ha accolto l'istanza di oscuramento del concorrente collocatosi, ad esempio, al secondo posto in graduatoria, senza che abbiano mai – neppure parzialmente – visto il contenuto dell'offerta di quest'ultimo.

Al riguardo, è stato proposto di ritenere che, per tali soggetti, **limitatamente alle offerte diverse da quella dell'aggiudicatario**, non decorra il suddetto termine di impugnazione di dieci giorni in ordine alle decisioni di oscuramento: costoro potranno, piuttosto, esercitare il loro diritto di accesso, nei termini di cui all'art. 35, d.lgs. n. 36/2023, ed impugnare conseguentemente le relative determinazioni¹⁰.

Si tratta, probabilmente di una **soluzione equilibrata**, atteso che sarebbe illogico onerare detti soggetti di un obbligo di impugnazione tempestiva con riguardo a una decisione (quella sull'oscuramento di parti di un'offerta) di cui non conoscono nemmeno la potenziale lesività.

⁹ Cfr. la *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ Cfr. la *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Un ulteriore problema è quello dell'**impugnazione**, da parte dei *concorrenti*, dell'accoglimento della **istanza (questa volta) dell'aggiudicatario** in ordine all'esistenza di **segreti tecnici e commerciali**¹¹, con conseguente ostensione parziale dell'offerta vincitrice.

In questo caso si potrebbe ritenere che **la decisione sull'impugnazione in sede giurisdizionale anticiperebbe la valutazione dell'Amministrazione in ordine all'eventuale sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante e connesso alla procedura di gara per l'ostensione dei documenti** in questione ai suddetti soggetti. Si rammenta, infatti, che l'art. 35, c. 5, d.lgs. n. 36/2023, consente l'accesso ai segreti tecnici o commerciali solo laddove l'amministrazione valuti positivamente la indispensabilità dell'accesso per la tutela degli interessi giuridici del *concorrente*.

Il passaggio "*diretto*" in sede giurisdizionale di una simile valutazione si porrebbe, in altre parole, in **potenziale contrasto con l'art. 34, co. 2, c.p.a.**, che preclude al giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

A ben vedere, probabilmente, il **problema non si pone in termini così critici**: il **giudizio sulle decisioni in materia di oscuramento** riguarda il **solo profilo dell'esistenza o meno di un segreto tecnico o commerciale**, in ordine alla quale l'Amministrazione si è già determinata.

È un **giudizio logicamente differente da quello sull'indispensabilità dell'accesso al segreto tecnico o commerciale** ex art. 35, c. 5, d.lgs. n. 36/2023. Quest'ultimo giudizio, infatti, presuppone l'intervenuto svolgimento della valutazione in ordine all'esistenza di un siffatto segreto.

In altre parole, **la decisione giurisdizionale sul ricorso ex art. 36, co. 4, d.lgs. n. 36/2023, non comporterebbe l'esercizio, da parte del giudice, di poteri amministrativi non esercitati**, in quanto:

- **se il giudice dovesse accertare l'esistenza di un segreto tecnico o commerciale**, la sentenza inciderebbe sulla decisione di oscuramento (o di non oscuramento) dell'Amministrazione. Ciò comporterebbe, a sua volta, l'eventuale attivazione, dato l'intervenuto oscuramento dell'offerta, da parte del concorrente comunque interessato all'ostensione integrale della medesima, del procedimento amministrativo "*ordinario*" di accesso di cui all'art. 35, d.lgs. n. 36/2023, nel cui ambito egli potrà dimostrare all'Amministrazione l'indispensabilità dell'ostensione e al cui esito potrà nuovamente agire per l'accesso in sede giurisdizionale;
- **se il giudice dovesse accertare l'inesistenza di un segreto tecnico o commerciale**, la sentenza inciderebbe, ancora una volta, sulla sola decisione di oscuramento (o di non oscuramento) e, ove il giudice abbia disposto l'ostensione per intero (o per talune ulteriori parti) dell'offerta, ciò sarebbe possibile proprio in ragione dell'inesistenza del segreto opposto dal concorrente restio alla pubblicazione della propria offerta, dovuta *ex lege* (art. 36, c. 1, d.lgs. n. 36/2023).

Ovviamente, il Legislatore si è anche preoccupato di **tutelare il soggetto** che, avendo opposto un segreto tecnico o commerciale, abbia appreso, con la comunicazione dell'aggiudicazione, della **scelta dell'Amministrazione di procedere comunque alla pubblicazione integrale** dell'offerta.

In questo caso, l'art. 36, co. 5, d.lgs. n. 36/2023, prevede che **l'ostensione delle parti oggetto del (contestato) segreto tecnico o commerciale non è consentita sino al decorso del termine di impugnazione della relativa decisione**, di modo che possa essere adeguatamente tutelata la posizione dell'offerente che, più o meno fondatamente, abbia opposto il segreto.

¹¹ Cfr. la *Relazione sulle ricadute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Ciò, tuttavia, **non consente (o non dovrebbe consentire) comportamenti ostruzionistici o dilatori**: il reiterato rigetto di istanze di oscuramento comporta una segnalazione all'ANAC del richiedente, il quale può vedersi irrogata la sanzione di cui all'art. 222, co. 9, d.lgs. n. 36/2023.

Questo richiamo probabilmente causerà alcune **difficoltà applicative**, data la diversa formulazione dell'art. 222, co. 9, cit., nello schema di codice¹² e nel d.lgs. n. 36/2023¹³ che, a differenza del primo, non prevede più direttamente una sanzione amministrativa, ma si limita a richiamare le sanzioni di cui all'art. 229, co. 13, d.lgs. n. 36/2023.

Conclusioni

La disciplina del nuovo codice dei contratti pubblici sull'accesso agli atti è espressione di uno dei principi-cardine del moderno diritto amministrativo, ovvero la **trasparenza**, quale “*strumento di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione*”¹⁴.

In una frase: **è diritto di ogni cittadino sapere “come” vengono spesi i soldi pubblici.**

Ciò, ovviamente si riverbera nel diritto degli appalti pubblici, com'è stato ormai da tempo chiarito in giurisprudenza.

La trasparenza, come detto, si accompagna anche a un atteggiamento di **fiducia** che innerva i rapporti tra cittadini e Amministrazione.

In un clima di trasparenza e fiducia, torna anche in auge la **discrezionalità** nell'esercizio del potere amministrativo, per troppo tempo imbrigliata da norme di dettaglio che, inevitabilmente, non

¹² Così l'art. 222, co. 9, nello schema di codice:

“Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato dall'ANAC con l'applicazione di **una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro**, a carico del RUP, con l'applicazione della stessa in misura minima in caso di trasmissione della documentazione mancante entro 10 giorni dalla contestazione. La sanzione è ulteriormente ridotta alla metà se, oltre alla trasmissione della documentazione, il pagamento avviene entro 30 giorni dalla contestazione. L'inadempimento di cui al periodo precedente è comunicato all'amministrazione di appartenenza ai fini della valutazione della responsabilità dirigenziale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 21, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e della valutazione delle prestazioni dei soggetti responsabili. Per un periodo transitorio pari a un anno, decorrente dalla data di approvazione del Codice, il RUP non è soggetto alle sanzioni irrogabili per la violazione degli obblighi informativi previsti nei confronti della Banca nazionale dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui, entro 60 giorni dalla comunicazione all'amministrazione di appartenenza, adempia a tutti gli oneri informativi con contestuale autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa all'adempimento degli stessi?”.

¹³ Così l'art. 222, co. 9, nel d.lgs. n. 36/2023:

“Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. **L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato ai sensi del comma 13.** Per un periodo transitorio pari a un anno, decorrente dalla data in cui il codice acquista efficacia, il RUP non è soggetto alle sanzioni irrogabili per la violazione degli obblighi informativi previsti nei confronti della Banca nazionale dei contratti pubblici nell'ipotesi in cui, entro sessanta giorni dalla comunicazione all'amministrazione di appartenenza, adempia a tutti gli oneri informativi con contestuale autocertificazione, ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa all'adempimento degli stessi?”.

Il successivo art. 229, co. 13, d.lgs. n. 36/2023, così dispone:

“Nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, **l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa, e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 5.000. Nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'ANAC, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri o che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 10.000, fatta salva l'eventuale sanzione penale. Con propri atti l'ANAC disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza?**”.

¹⁴ Cfr. la Relazione al codice.

riuscivano – in quanto generali e astratte – a regolamentare ogni singolo caso concreto che, invece, necessita di quell’attività di contemperamento di contrapposti interessi che è il cuore della discrezionalità amministrativa.

Anche nell’accesso la discrezionalità riemerge: la si può scorgere nelle valutazioni sull’indispensabilità dell’ostensione di atti che sarebbero altrimenti non suscettibili di accesso; ma la si può intravedere anche – seppure nella diversa forma dell’apprezzamento più marcatamente tecnico – nella scelta su “quanto” ostendere l’offerta tecnica in caso di presenza di segreti tecnici o commerciali.

Ancora, va rammentato il centrale ruolo che ha assunto la **digitalizzazione** nel codice dei contratti pubblici e nel settore dell’accesso, più in particolare.

Si è detto e ripetuto, in questo incontro, dell’accesso come parte integrante del passaggio verso il c.d. “*e-procurement*”.

Questo è certamente vero, così com’è vero che l’asse del vecchio accesso documentale sta spostandosi velocemente verso un **accesso a dati e informazioni**.

A prima vista, forse, i dati e le informazioni possono apparire più eterei di un documento, ma non per questo sono meno rilevanti: anche dati e informazioni possono – e non poco – incidere su posizioni giuridiche soggettive e imporre l’esigenza di tutela anche in sede giurisdizionale.

Da ultimo, va rimarcato che, come detto, **non esistono diritti tiranni**.

Non lo è la **concorrenza**, della cui “*demitizzazione*” si è accennato. Ma non lo sono nemmeno né la **trasparenza**, né la **digitalizzazione**.

A ben vedere, **concorrenza, trasparenza e digitalizzazione sono mezzi** volti alla realizzazione di un fine ben più elevato: garantire il **buon andamento e l’imparzialità** dell’Amministrazione e, quindi, la **tenuta democratica del sistema**.

Si tratta, allora, di **attuare principi sanciti nella nostra Carta costituzionale nel lontano 1948**, quando il diritto amministrativo, così come la tecnologia, erano di un’altra epoca.

Ciononostante, tali principi non sono **mai stati usurati dal tempo** ma si presentano, ancora oggi, ben presenti e quanto mai attuali.