



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



I NUOVI OBBLIGHI DI TRASPARENZA IN MATERIA DI APPALTI: TRA LEGGE 190/2012 E NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, D. LGS 36/2023

Riflessioni sull'impatto del Nuovo Codice sulla prevenzione della corruzione e sul rispetto della normativa in materia di trasparenza.

di **Ilaria Valentino**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Estratto dal n. 2/2024 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Alessio Giaquinto

Publicato, Giovedì 22 Febbraio 2024

 Abstract ENG

Reflections on the impact of the New Code on the prevention of corruption and compliance with the regulations on transparency.

Sommario: 1. Trasparenza e pubblicità: inquadramento storico; 2. La trasparenza secondo il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50; 3. La Trasparenza nella Legge delega 21 giugno 2022, n. 78; 3.1. Il cambio di prospettiva nel d.lgs. 36/2023 Nuovo Codice degli Appalti; 4. Il ruolo di ANAC: funzioni e poteri; 4.1. L’Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo Codice; 5. L’art. 28 del D. Lgs. n. 36/2023; 6. Diritto di accesso agli atti e riservatezza; 7. Conclusioni.

1. Trasparenza e pubblicità: inquadramento storico

A termini dell’art. 1 della Legge 241/1990, “L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla Legge nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”^[1].

La trasparenza amministrativa, pertanto, assicura la più ampia diffusione delle informazioni sia all’interno del sistema amministrativo che tra questo e l’esterno, contribuendo a far conoscere l’azione amministrativa e di effettuare un controllo sulla stessa^[2].

Riguardata da un determinato profilo, essa coincide con la pubblicità degli atti e dei documenti della P.A.

Negli ultimi trent’anni, nonostante la trasparenza sia stata considerata sempre più come una forma di controllo collettivo, utile e necessaria per il miglioramento dell’azione pubblica, da un punto di vista normativo è stata oggetto solo di interventi frammentati.

Con l’entrata in vigore della Legge n. 190/2012^[3] di introduzione del Piano Nazionale Anticorruzione, si è cercato di esercitare in maniera più pregnante un controllo sull’azione e sulle modalità di impiego delle risorse pubbliche – sempre nel rispetto delle regole informatiche imposte dal Codice dell’Amministrazione Digitale (D. Lgs. 82/2005) – con riguardo soprattutto alle due maggiori cause di dispendio di danaro pubblico: il funzionamento dell’apparato burocratico (e quindi degli uffici) e gli approvvigionamenti.

Proprio in tema di approvvigionamento, e dunque in materia di contratti pubblici, anticorruzione e trasparenza sono tematiche che hanno avuto un risalto centrale, in particolare a partire dalla scelta operata dal D. Lgs. 33/2013, integrato poi dal D. Lgs. 97/2016 (c.d. Riforma Madia), che ha effettuato un vero e proprio riordino della disciplina riguardante gli obblighi di “pubblicazione, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”, sviluppando una serie di incombenze funzionali alla attuazione dei principi cardine in materia amministrativa (tra cui quelli dell’efficacia, dell’efficienza e del buon andamento)^[4] e prevedendo altrettante sanzioni in caso di una loro violazione.

Per l’effetto, è divenuto sempre più pregnante il diritto dei cittadini ad essere costantemente aggiornati sull’andamento dell’attività della pubblica amministrazione e, proprio la materia dei contratti pubblici, ha assunto particolare significato relativamente al tema della prevenzione della corruzione della trasparenza e all’intreccio di rapporti tra ANAC e altri organi.

Sotto il profilo meramente pratico, alla trasparenza intesa quale “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”, corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente senza alcuna identificazione o autenticazione^[5].

Il fine dell’istituto della trasparenza amministrativa consiste dunque nella comprensibilità e conoscibilità dall’esterno dell’attività delle pubbliche amministrazioni, finalizzate a realizzare l’imparzialità ed il buon andamento dell’azione amministrativa (di cui all’art. 97 della Costituzione), assicurando la fiducia nelle istituzioni^[6].

In contrattualistica pubblica, dunque, il principio di trasparenza è strettamente collegato al principio di pubblicità. Entrambi devono essere garantiti in varie fasi dell’appalto e, più specificatamente, devono essere garantite: la chiarezza in tutta la procedura, l’adeguata pubblicità (non solo legale), l’adeguata gestione della procedura per agevolare la competizione e la concorsualità, nel rispetto di tutti i principi di cui all’art. 1 e ss. della L. 241/90, in un’ottica sempre maggiore di semplificazione, efficacia ed efficienza dell’agere pubblico.

Tali prescrizioni sono state oggetto di analisi da parte di ITACA, l’Istituto per l’Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale della Conferenza delle Regioni, che il 26 giugno 2013 ha emanato delle Linee Guida^[7], che hanno riguardato in particolare due questioni: la sopravvivenza o meno degli obblighi di

pubblicità cartacea degli atti di gara con l'introduzione della riforma telematica e quello inerente ai nuovi obblighi di pubblicità introdotti dal D. Lgs. 33/2013^[8].

Con il decreto n. 90 del 2014 il Legislatore ha deciso, poi, di affidare la governance in materia di contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione e significativo è l'intreccio di rapporti creatisi tra ANAC e altri organi: si individua, così, la centralità di ANAC, quale organo di vigilanza nel settore dei contratti pubblici e si arriva a definire la collaborazione tra questa e le altre autorità, tra cui Guardia di Finanza, la Corte dei conti, MIT, AGCM, MEF.

Nel Codice dei contratti del 2016 questo collegamento così forte, si ravvisa proprio nell'esigenza di assicurare sempre più un controllo diffuso sulla cd. mala-administration.

2. La trasparenza secondo il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50

La vera e propria svolta decisiva nella materia degli Appalti Pubblici si è avuta, invero, con la L. n. 11/2016 di riforma del Codice che ha introdotto numerosi accorgimenti specifici soprattutto per alcune procedure e fasi, sancendo una rivisitazione e un inasprimento di tutti gli obblighi di programmazione, di pubblicazione degli atti di gara e dei successivi contratti: si pensi all'obbligo per la stazione appaltante di pubblicare tutta una serie di documenti, di cui precedentemente non era prevista la pubblicità, quali gli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti; le regole in materia di individuazione della commissione di gara, l'albo dei commissari, la scelta di questi ultimi mediante sorteggio e la loro selezione solo al termine della presentazione delle offerte; la specificazione delle norme sul conflitto di interessi, in ossequio ai principi di cui alla L. 190/2012; il sistema di scelta del contraente; la positivizzazione dell'istituto dell'affidamento in house; la indicazione dei criteri di aggiudicazione, con la previsione che il prezzo più basso sia utilizzabile quale criterio solo al ricorrere di determinate e tipizzate condizioni.^[9]

In tal senso, proprio l'art. 29 rubricato "Principi in materia di trasparenza", nella sua originaria formulazione, ha previsto che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori debbano essere pubblicati ed aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione Trasparente", in linea con quanto previsto dal D. Lgs. 33/2013 e dai successivi aggiornamenti di cui alla L. 124/2015.^[10]

La Legge 29 luglio 2021, n. 108 di conversione del D. L. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. Decreto Semplificazioni), poi, ha apportato diverse modifiche all'art. 29 del Codice del 2016, prevedendo al comma 2^[11] che "tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture

relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'art. 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'art. 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'art. 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'art.73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici”^[12].

3. La Trasparenza nella Legge delega 21 giugno 2022, n. 78.

L'art. 1, comma 2, lett. a) della L. n. 78/2022 nell'anticipare e definire gli obiettivi che il Governo avrebbe dovuto inserire nel nuovo Codice Appalti, ha imposto il rispetto di inderogabili misure a tutela della legalità e della trasparenza: al primo comma dell'art. 28 sono disciplinati gli obblighi di comunicazione, in stretto raccordo con i principi sanciti dal Decreto Trasparenza e, al fine di evitare appesantimenti e duplicazioni nella pubblicazione dei dati da parte delle stazioni appaltanti, è previsto che le pubbliche amministrazioni possono inserire un collegamento diretto – nella sezione “Amministrazione Trasparente” del proprio sito istituzionale – alla Banca dati Nazionale dei contratti istituita presso l'ANAC, in un'ottica di semplificazione e “sburocratizzazione”.

Da questo momento in poi, dunque, anche in tema di contrattualistica pubblica, non è più possibile parlare di trasparenza prescindendo dal concetto di digitalizzazione delle procedure amministrative.

3.1. Il cambio di prospettiva nel D. Lgs. 36/2023 Nuovo Codice degli Appalti

A seguito dell'introduzione nell'ordinamento delle attuali disposizioni dettate dal Codice (specificamente libro primo, parte seconda, artt. da 19 a 36), che entrano in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2024, è stato istituito l'“Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale” (cd e-procurement) che ha come fulcro la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici gestita da ANAC e che ha come scopo, la realizzazione della digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici.

Come è stato sostenuto, il nuovo Codice rappresenta una vera e propria svolta epocale laddove valorizza i principi generali fondamentali del risultato e della fiducia, operando sul principio della trasparenza, così superando la precedente visione caratterizzata da una

generalizzata sfiducia nell'azione pubblica.

Si mantiene ferma l'esigenza di rispettare i principi europei, in virtù dei quali la trasparenza non assume rilievo al fine di prevenire fenomeni di corruzione e quindi di controllo generalizzato sulla "cattiva amministrazione" (controllo introdotto dalla legge 190 e recepito appieno nel Codice del 2016), ma, invece e soprattutto, diviene mezzo per favorire la concorrenza: se gli operatori economici non posseggono le informazioni o non ne possono entrare in possesso, se non sono conoscibili le attività, le condizioni, i criteri e le opportunità che le Pubbliche Amministrazioni pongono in essere, non può esserci reale competizione per il mercato e nel mercato della contrattualistica pubblica^[13].

Quindi la trasparenza, così come pensata e ideata a livello Europeo, costituisce un unicum con i principi di accesso al mercato e tale assunto, che si ritrova all'articolo 3 del Nuovo Codice – in cui si parla anche di trasparenza –, è un ulteriore principio cardine del sistema.

A tal proposito, si impone una riflessione più complessa: bisogna capire, cioè, se il Codice dei contratti è davvero in grado di ridefinire concretamente – in maniera del tutto autonoma – la gerarchia di quei valori e di quei principi che interessano la intricata normativa in materia di contratti pubblici, e che pone al vertice il risultato, oppure se, invece, lo stesso deve essere correlato e rapportato con quanto previsto a livello europeo.

Il sistema delle fonti obbliga a ritenere che, con riguardo ai contratti di rilevanza europea e a quelli con "evidente rilevanza transfrontaliera"^[14], l'esigenza del rispetto dei principi europei rimane fondamentale e non ammette alcuna deroga.

La disamina consente di individuare nel Codice due macroaree: una "sopra soglia", fondata sui principi del risultato e della fiducia che sono funzionali alle esigenze di trasparenza e di concorrenza; ed una "sotto soglia" in cui, invece, l'ordinamento nazionale appare più flessibile ed autonomo in quanto orientato al risultato.

Questa lettura comporta, però, la mancata eliminazione di alcuni rischi, tra cui proprio quelli che avevano giustificato, in passato, la particolare attenzione che era stata posta dal Codice alle regole di trasparenza, indirizzate soprattutto verso l'anticorruzione, alla quale, nella nuova normativa, è riservato pochissimo spazio.

La trasparenza quindi – in un bilanciamento del sistema che dispone e impone praticamente straordinaria flessibilità di procedure, in particolare per i contratti sotto soglia – svolge un nuovo ruolo, diventa un punto di equilibrio per il raggiungimento del

risultato, riproponendosi in termini diversi e slegandosi totalmente dal concetto di anticorruzione rispetto a quanto avveniva nel Codice del 2016.

Nel nuovo Codice dei contratti vi è un cambio di prospettiva anche con riguardo all'anticorruzione.

Ciò si avverte maggiormente, in particolare sia osservando i poteri e le funzioni riservate all'Autorità, sia analizzando alcune specifiche disposizioni che chiamano in causa il tema dell'anticorruzione: si pensi, in particolare, alle norme sul conflitto di interesse come disciplinate all'articolo 16^[15], nel quale il Legislatore ha di fatto ridotto tutte quelle situazioni di conflitto di interessi di scarso o nessun rilievo, al fine di dismettere quella concezione secondo cui il conflitto di interessi è una situazione oggettiva di pericolo, che non abbisogna di dimostrazione quanto agli effetti e che prescinde dalla produzione di un danno, ma che è idonea a produrre, di per sé ed autonomamente, una condizione di allarme, alla quale poi consegue la protezione riconosciuta e tipizzata dall'ordinamento al ricorrere di tali situazioni.

Proprio i principi del risultato e della fiducia, tesi al raggiungimento del risultato, ispirano la stesura dell'art. 16, in virtù del quale il conflitto di interessi si configura allorché un soggetto, munito di funzioni istituzionali, che abbia direttamente un interesse, proprio o economico o finanziario, interviene in un momento qualsiasi della procedura, condizionandone l'esito o il risultato e ponendo in dubbio la imparzialità e la indipendenza propria della stessa azione amministrativa. Ma tali elementi devono essere debitamente provati da chi invoca il conflitto.

Letta in maniera superficiale, tale previsione sembra un retaggio del vecchio Codice, in cui prevaleva in larga misura il tema dell'anticorruzione, ma che ancora oggi caratterizza fondamentalmente l'impianto generale dell'attività amministrativa in virtù dell'articolo 6-bis della L. 241/1990; se invece essa è letta alla luce del ruolo centrale che svolge la trasparenza nel nuovo Codice – anche con il supporto della intera digitalizzazione delle procedure, dell'attività amministrativa soprattutto in tema di contrattualistica pubblica, e della intera documentazione, oltre che alla loro ostensione – consente un controllo sull'agere pubblico, sui costi e la spesa, e sul raggiungimento del risultato.

In conclusione, si può affermare che dal nuovo sistema del nuovo Codice viene espunto in larga misura il tema dell'anticorruzione, mentre la trasparenza svolge un ruolo centrale e ne rappresenta, come affermato, la “condizione di tenuta”^[16].

4. Il ruolo di ANAC: funzioni e poteri

Si è detto che nel nuovo Codice il termine anticorruzione non compare o compare molto poco. Il che è rilevabile anche dal ruolo, dalle funzioni e dalle attività riservate all'Autorità Nazionale Anticorruzione dal Decreto n. 36 del 2023.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione oggi, a seguito del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, svolge i compiti e le funzioni dell'A.V.C.P. la precedente autorità preposta alla vigilanza del settore dei contratti e degli appalti pubblici.

L'AVCP – istituita con la legge Merloni n. 109/1994, dopo il terremoto politico e burocratico provocato da Tangentopoli, al fine di esercitare la vigilanza in materia di contratti ed appalti pubblici, ambito risultato particolarmente soggetto ad eventi corruttivi – non diede dimostrazione di avere un ruolo incisivo né di particolare presenza, efficienza e reale prevenzione della corruzione.

Pertanto, con la legge 6 novembre 2012 n. 190 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”) venne istituita la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l’Integrità delle amministrazioni pubbliche, con compiti di valutazione della trasparenza delle amministrazioni pubbliche, che, con la legge n. 125/2013, assunse la denominazione di A.N.A.C. Autorità Nazionale Anticorruzione e per la Valutazione e la Trasparenza, che accentra in sé tutti i poteri e le funzioni di contrasto alla corruzione, vigilando sull’osservanza della disciplina dei contratti pubblici e promuovendo la trasparenza.

La pienezza di funzioni, i poteri, amplissimi, di vigilanza, di ispezione, di sanzione sugli operatori pubblici e privati, e le attività di collaborazione con le Amministrazioni nel settore dei contratti pubblici hanno trovato la loro consacrazione nel D. Lgs. 50/2016, che ha fatto dell’ANAC il perno intorno al quale ruota gran parte dell’azione di contrasto alla corruzione.^[17]

All’esito di tale riordino, la missione istituzionale dell'ANAC è individuata nella “prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione”.^[18]

4.1. L'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo Codice

Il recente decreto 36 del 2023, ha disposto il riordino ed una revisione delle competenze dell'Autorità Nazionale Anticorruzione con l'articolo 222, che sostituisce il precedente articolo n. 213 del decreto 50 del 2016.

Il nuovo codice ha una struttura come il vecchio ma, con l'aggiunta degli allegati esemplificativi, raccoglie e semplifica molte norme e linee guida in un unico documento, così superando la funzione di regolazione generale dell'ANAC.

Se si opera un confronto, un parallelismo, tra il nuovo articolo 222 ed il vecchio articolo 213, si può rilevare che il principale cambiamento è il venir meno di “ogni spazio implicito di regolazione generale”^[19] in capo all'Autorità Nazionale Anticorruzione, mentre conserva spazi più tecnici, di pura amministrazione attraverso l'adozione di bandi tipo, capitolati tipo, contratti tipo e altri atti amministrativi generali^[20].

L'Autorità Nazionale Anticorruzione vede, dunque, restringersi il proprio spazio di azione alla luce di due fondamentali questioni che diventano appannaggio della nuova Autorità: quella del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici previsto dalla parte seconda del libro primo (in particolare la banca dati nazionale dei contratti pubblici) e quella della qualificazione delle stazioni appaltanti.

In definitiva, fermi restando i compiti complessivamente attribuiti ad ANAC, e quindi gli spazi di vigilanza, di controllo dei dati, degli strumenti, unitamente ai poteri sanzionatori che le sono riconosciuti, l'Autorità è investita del supporto alla completa digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici mediante la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici.

In tale ottica, quindi, l'articolo 23^[21] del nuovo Codice dei contratti pubblici rappresenta uno degli aspetti centrali nell'impianto della nuova Autorità Nazionale Anticorruzione, posto che la trasparenza si realizza solo attraverso il processo di digitalizzazione.

5. L'art. 28 del D. Lgs. n. 36/2023

Con la norma in commento, che riguarda il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, sono stati riscritti gli obblighi di trasparenza la quale rappresenta il trait d'union tra le esigenze di celerità e velocità, tra i principi della fiducia e del risultato e le esigenze di razionalizzazione, di controllo di fatti di cattiva amministrazione, di fiducia non incondizionata, ma sottoposta a disamina nel rapporto con le amministrazioni.

Il principio di trasparenza inteso quale accessibilità totale delle informazioni e dei dati pubblici, consacrato nel nuovo Codice, viene oggi realizzato anche attraverso la digitalizzazione e l'obbligo di pubblicazione digitale.

Gli strumenti di trasparenza che ritroviamo nel Codice sono vari e numerosi.

Nel previgente art. 29 del vecchio Codice, come modificato dal D.L. 77/2021, gli obblighi di trasparenza in merito ai contratti pubblici si ritenevano assolti con la pubblicazione degli "atti", cioè dei documenti, e non dei dati e/o delle informazioni.

Oggi, gli obblighi delle stazioni appaltanti in merito alla trasparenza non consistono più nella pubblicazione di atti e documenti, fatta eccezione per quelli previsti per la pubblicità legale, ma si rinvergono nella doverosa trasmissione all'ANAC dei dati di tutto il ciclo dell'appalto, che, a sua volta, li dovrà rendere disponibili. La pubblicazione è, così, appannaggio dell'Autorità Anticorruzione.

Infatti, il vigente art. 28 del D. Lgs 36/2023, rubricato "trasparenza dei contratti pubblici", prevede, in primo luogo, che le stazioni appaltanti debbano assicurare il collegamento della propria Sezione Amministrazione Trasparente alla Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici. Ciò significa che il dato "originale" è quello inviato ad ANAC e non più quello indicato, come un tempo, nella predetta Sezione dalla stazione appaltante. In questo modo, incombe sull'ANAC assicurare la tempestiva pubblicazione dei dati ricevuti, con la conseguenza che – per espressa disposizione normativa (art 28 c. 3) – gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono da quella della banca dati ANAC.

Quanto all'elenco dei dati da trasmettere, esso è quello dell'art. 1, comma 32 della L. 190/2012 che, però, dal 1° gennaio 2024, è stato abrogato.

In ragione di ciò, l'ANAC ha emanato due provvedimenti in materia di pubblicazioni e di trasparenza: la deliberazione n. 261/2023^[22] che indica quali sono le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici, mediante le piattaforme di approvvigionamento digitale, così dando seguito alle previsioni dell'art. 28 comma 4; e la delibera n. 264/2023 che indica con quali modalità deve avvenire tale comunicazione.

La deliberazione n. 261/2023, adottata come detto, in ottemperanza delle previsioni di cui all'art. 28 comma 4 per le finalità di cui all'articolo 23, comma 5, del codice (che demanda all'ANAC l'adozione di un provvedimento che individua le informazioni che le

stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla BDNCP attraverso piattaforme telematiche) mantiene in massima parte le previsioni dell'Allegato 9 del Piano Nazionale Anticorruzione 2022. La delibera e il PNA 2022 hanno, difatti, contenuto quasi analogo, eccetto che per le informazioni relative ai contratti, in quanto nel nuovo Codice è prevista la trasparenza per tutti i contratti siglati, indipendentemente dal fatto che essi siano “sopra” o “sotto” soglia. La Parte speciale del PNA 2022, per espressa previsione della Delibera, costituisce, quindi, la disciplina transitoria applicabile in materia di trasparenza amministrativa alla luce delle nuove disposizioni sulla digitalizzazione del sistema degli appalti e dei regolamenti adottati dall'ANAC, ai sensi degli artt. 23, comma 5, e 28, comma 4, del Decreto n. 36/2023.

Invece l'art. 3 della delibera ANAC 264 del 2023 (adottata sempre in ottemperanza della disposizione dell'art. 28 comma 4), nella più ampia previsione dell'obbligo di comunicazione e di pubblicazione, individua gli atti, le informazioni e i dati relativi al ciclo di vita dei contratti pubblici

oggetto di trasparenza specificando che la pubblicazione dei dati ai fini della trasparenza avviene mediante la trasmissione dei dati alla BDNCP attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitale di cui agli articoli 25 e 26 del Codice secondo le modalità previste nel provvedimento di cui all'articolo 23 del codice^[23].

All'attualità, dunque, il dato originale è trasmesso direttamente tramite piattaforma informatica, e nella Sezione Amministrazione Trasparente, sottosezione “Bandi di Gara e contratti, si rinverrà il solo collegamento alla Banca dati, mentre, nel Codice previgente, la pubblicazione in Amministrazione Trasparente riportava effettivamente gli atti che poi venivano trasmessi a mezzo pec all'ANAC.

Rimane, però, anche a decorrere dal 1° gennaio 2024, l'obbligo di pubblicazione in modalità “tradizionale” (cioè senza operare alcun invio alla Banca Dati a mezzo piattaforma) nella sezione “Amministrazione Trasparente” del sito istituzionale dell'Amministrazione, le informazioni e i dati indicati nell'Allegato 1 della citata Delibera n. 264.

6. Diritto di accesso agli atti e riservatezza

Quanto all'accesso ai documenti e alle informazioni in materia di contratti, previsto all'articolo 35 del nuovo Codice rubricato “accesso agli atti e riservatezza”, è il caso di effettuare una breve riflessione.

Innanzitutto, la disposizione nasce dai principi posti dall'Adunanza Plenaria n. 10/2020 che ha inteso applicare tale strumento a tutte le fasi dei contratti consentendo l'accesso a tutti i partecipanti a prescindere dal criterio di selezione adottato dalla stazione appaltante, ma con le modalità indicate dal comma 3 dell'art. 35 ovvero fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei termini di cui al comma 2 entro i quali gli atti, i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili, pena la violazione dell'articolo 326 del codice penale^[24].

Le stazioni appaltanti devono, pertanto, assicurare l'accesso agli atti delle procedure relative ai contratti pubblici in modalità digitale, tramite l'acquisizione diretta dei dati ed informazioni inserite nelle piattaforme.

Dalla lettura della norma in esame, balza evidente la preferenza accordata dal Legislatore ad una maggiore digitalizzazione: la modalità di accesso contemplata dall'articolo in questione, infatti, è informatizzata e consente l'acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inserite nelle piattaforme telematiche.

Dal momento che il ciclo di vita dei contratti pubblici è digitale – e, quindi, i dati, i documenti, le informazioni sono direttamente acquisiti in piattaforma in modalità “nativa digitale” sia da parte dell'amministrazione, che da parte dei partecipanti – l'accesso agli atti, quale diritto di prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi, può essere esercitato come acquisizione diretta di tali atti^[25].

Il che non vuol dire, però, che la disponibilità all'accesso sia indiscriminata.

Non è, infatti, consentito l'accesso a “chiunque”^[26], ma agli operatori economici che sono coinvolti nelle procedure e, quindi, in particolare, a norma del comma 2 dell'articolo 35, “salvo i contratti segreti o per i quali vi siano speciali regole”, l'elenco dei soggetti non sarà accessibile fino alla scadenza dei termini di presentazione delle offerte e le domande di partecipazione non saranno disponibili fino all'aggiudicazione, così come i verbali di valutazione degli atti e gli atti relativi.

Conseguentemente, dal momento in cui si conclude la fase pubblicistica della procedura e si arriva all'aggiudicazione oppure – per talune informazioni – dal momento della scadenza di presentazione delle domande, tutte le informazioni diventano immediatamente accessibili attraverso l'acquisizione diretta da operarsi esclusivamente dalla piattaforma.

La previsione normativa in commento, in un'ottica deflattiva dell'eventuale contenzioso,

avvantaggia e favorisce coloro i quali hanno presentato offerta e si trovano in posizione utile dopo l'aggiudicazione (si pensi, ad esempio, al secondo graduato), che dispongono di un accesso immediato e diretto agli atti della gara cui hanno partecipato.^[27] Ciò a differenza di tutti gli altri "interessati" (che sarebbero da definire "non qualificati") che dovranno fare ricorso alle consuete modalità di accesso per prendere visione degli atti ed estrarne copia.

L'articolo 35, orbene, non esclude le altre forme di accesso e trasparenza previste e riconosciute dall'ordinamento. Ed infatti, come peraltro chiarito anche dal MIT nel parere del 21 luglio 2023, n. 2166^[28], è espressamente previsto che continuino ad operare le disposizioni normative in materia di accesso che attengono agli articoli 22 e seguenti della legge 241/90, nonché agli articoli 5 e 5bis del decreto 33/2013, sancendo di fatto che l'accessibilità diretta è sì riservata ai concorrenti alla procedura, ma può essere – con i limiti relativi e nelle forme e nei modi normativamente previsti – anche di altri soggetti che esercitano il diritto di accesso documentale e di accesso civico generalizzato, in particolare ai sensi dell'articolo 5bis del decreto 33/2013.

7. Conclusioni

La semplificazione della trasparenza operata dal nuovo Codice degli appalti, in realtà, non è una semplificazione dal punto di vista quantitativo, perché la mole di informazioni che la stazione appaltante deve produrre resta sostanzialmente la medesima, se addirittura non risulti aumentata, ma rappresenta un cambiamento qualitativo/oggettivo poiché non è più il documento a dover essere condiviso ("atto"), bensì l'informazione ("dato") che, quanto alla modalità di trasmissione, dal 1° gennaio 2024, dovrà avvenire esclusivamente a mezzo applicazione informatica.

Ciò è desumibile sia dalla lettura della relazione del Consiglio di Stato di accompagnamento al Codice, a termini della quale, con riferimento all'articolo 28, la semplificazione passa attraverso l'invio dei dati e delle informazioni alla banca dati ANAC tramite un'applicazione – sia dal comunicato del Presidente ANAC del 27/06/2023 secondo cui:

“È in funzione dal 18 luglio, il primo nucleo della Piattaforma Unica della Trasparenza, gestita da ANAC. La P.U.T. consente alle pubbliche amministrazioni di caricare direttamente i dati in un unico luogo virtuale, così da attuare in maniera semplificata gli obblighi di trasparenza, sostituendo l'invio attraverso pec, con accesso diretto tramite un'applicazione informatica.”

Il nuovo sistema di trasparenza in materia di contratti pubblici riguarderà esclusivamente i

contratti le cui procedure di affidamento risultano avviate dopo il 1° gennaio 2024, data dalla quale saranno efficaci le norme del Codice sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici nonché le stesse delibere ANAC n. 261 e 264 del 2023.

Tali nuove regole (doppio regime), come precisato dall'ANAC nella bozza di consultazione allegata al PNA 2023, si applicano anche ai dati e informazioni relativi ai contratti le cui procedure di affidamento sono state avviate dopo il 1° luglio 2023, ma che sono ancora in corso di realizzazione al 31 dicembre 2023: i nuovi obblighi di trasparenza si applicano esclusivamente alle attività relative al ciclo di vita del contratto realizzate dopo il 1° gennaio 2024.

Da tale ultima data, pertanto, le sottosezioni dei “Bandi di gara e contratti” in Amministrazione Trasparente, dovranno essere adeguate al nuovo regime normativo, includendo il link alla BDNCP e gli atti esclusi dalla trasmissione alla Banca dati.

In definitiva, dal mutato quadro normativo, è possibile cogliere come la trasparenza muti le sue forme, ma continui a mantenere una centralità anche nel nuovo Codice, declinandosi non più in termini di controllo basato su di una sostanziale sfiducia, ma probabilmente all'opposto, come condizione che permette il realizzarsi dell'effettiva tenuta dei principi di risultato e di fiducia previsti dall'articolo 1 e 2 del nuovo codice dei contratti.

Ciò rappresenta un cambiamento radicale e rispettoso di quei principi chiaramente posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 10 del 2 aprile 2020^[29], ha sancito la preminenza del principio di trasparenza, intesa, in tema di accesso civico generalizzato, come “accessibilità totale” e diritto fondamentale dei cittadini; riguardata come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma, ancor prima, come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione; come luce che feconda il seme della conoscenza tra i cittadini.^[30]

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”; più volte integrata e modificata successivamente.
- [2] Riprendendo quell’immagine elaborata sin a partire dal 1908 della “casa di vetro” cara a Filippo Turati e riconducibile alla trasparenza introdotta, successivamente, dalla commissione Nigro; così VALENTINO I. “Accesso civico agli atti di gara da parte di soggetto non concorrente: disamina e rassegna delle recenti sentenze” in rivista scientifica ANVUR “Cammino Diritto” Estratto dal n. 4/2020 - ISSN 2532-9871.
- [3] Meglio nota come “Legge Severino” volta a contrastare i numerosi fenomeni corruttivi.
- [4] Tra i molti contributi, in particolare: Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952, p. 126 ss.; L’attività amministrativa e la sua disciplina generale, in G. Pastori (a cura di), La procedura amministrativa.
- [5] Già la L. 15/2009 nota come Legge Brunetta sanciva l’accessibilità totale a tutti i dati detenuti dalla P.A.. Nella legge sono contemplati i temi principali della riforma: performance, valutazione, trasparenza, premi e sanzioni disciplinari, dirigenza, contrattazione collettiva e azione collettiva. La legge 15/2009 è attuata da due decreti legislativi: il decreto legislativo n. 150/2009 e il decreto legislativo azione collettiva n. 198/2009.
- [6] MERUSI F., Il principio di buona fede nel diritto amministrativo, in Scritti per Mario Nigro, II, Milano, 1991.
- [7] Su questo primo aspetto, le Linee Guida evidenziano che, a mente dell’art. 32, della Legge 190 cit., già era previsto che “gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti obbligati”, facendo venir meno gli obblighi di pubblicazione in forma cartacea a decorrere dal 1° gennaio 2011 per tutti gli atti amministrativi e dal 1° gennaio 2013 per gli atti delle procedure ad evidenza pubblica.
- [8] Così P. COSMAI, A. BUONANNO, La riforma del Codice degli Appalti, Wolter Kluwer, 2023.
- [9] Così P. COSMAI, A. BUONANNO, La riforma del Codice degli Appalti, Wolter Kluwer, 2023.
- [10] M. SALERNO, La riforma degli appalti “taglia” pubblicità e trasparenza per i piccoli lavori, in Quotidiano Enti Locali, 30 marzo 2016.
- [11] L’originario comma 2 dell’art. 29 prevedeva la pubblicazione dei medesimi atti di cui al comma 1 anche sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita appositamente dall’ANAC, anche avvalendosi dei sistemi informatizzati e le piattaforme di e-procurement regionali.
- [12] Di trasparenza si occupa anche l’art. 22 del D. Lgs. 50/2016, rubricato “Trasparenza nella partecipazione di portatori di interesse e dibattito pubblico” che ha previsto l’obbligo per le Amministrazioni di pubblicare sul proprio sito istituzionale i progetti di fattibilità delle grandi infrastrutture e delle grandi opere architettoniche che hanno impatto sulla società, sul territorio, sull’ambiente.
- [13] Università degli Studi di Perugia e FormezPA, «Rafforzare le competenze per la transizione ecologica e amministrativa e per l’innovazione della PA» Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza – MIC1-Sub-investimento 2.3.1 – Titolo progetto di riferimento: Investimenti in istruzione e formazione – Servizi e soluzioni tecnologiche a supporto dello sviluppo del capitale umano delle pubbliche amministrazioni.
- [14] Università degli Studi di Perugia e FormezPA, «Rafforzare le competenze per la transizione ecologica e amministrativa e per l’innovazione della PA» Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza – MIC1-Sub-investimento 2.3.1 – Titolo progetto di riferimento: Investimenti in istruzione e formazione – Servizi e soluzioni tecnologiche a supporto dello sviluppo del capitale umano delle pubbliche amministrazioni.
- [15] L’articolo 16 del Codice ha modificato le regole sui conflitti di interesse, affermando che il conflitto può coinvolgere chiunque partecipi alla procedura di aggiudicazione ed esecuzione, anche se non dipende formalmente

dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. Il comma 2 cerca di definire in modo preciso il concetto di conflitto, considerando la giurisprudenza nazionale e sottolineando l'importanza delle dichiarazioni di conflitto per evitare conseguenze legali, compresa la responsabilità penale. Il comma 3 stabilisce i doveri del soggetto in conflitto, come la comunicazione alla stazione appaltante e l'astensione dalla partecipazione alla procedura e dall'esecuzione. La norma enfatizza che la minaccia all'imparzialità e all'indipendenza deve essere dimostrata da chi solleva il conflitto, basandosi su presupposti specifici e documentati, e deve riguardare interessi effettivi.

[16] Università degli Studi di Perugia e FormezPA, «Rafforzare le competenze per la transizione ecologica e amministrativa e per l'innovazione della PA» Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza – MIC1-Sub-investimento 2.3.1 – Titolo progetto di riferimento: Investimenti in istruzione e formazione – Servizi e soluzioni tecnologiche a supporto dello sviluppo del capitale umano delle pubbliche amministrazioni.

[17] E. CASSETTA, Manuale di Diritto Amministrativo, ultima edizione, Giuffrè; {https/URL}

[18] Si veda {https/URL}

[19] Università degli Studi di Perugia e FormezPA, «Rafforzare le competenze per la transizione ecologica e amministrativa e per l'innovazione della PA» Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza – MIC1-Sub-investimento 2.3.1 – Titolo progetto di riferimento: Investimenti in istruzione e formazione – Servizi e soluzioni tecnologiche a supporto dello sviluppo del capitale umano delle pubbliche amministrazioni.

[20] Cfr. comma 2, art. 222, D. Lgs. 36/2023.

[21] art. 23, rubricato “Banca dati nazionale dei contratti pubblici”, D. Lgs. 36/2023: “L'ANAC è titolare in via esclusiva della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, abilitante l'ecosistema nazionale di e-procurement, e ne sviluppa e gestisce i servizi.”

[22] Secondo l'art. 10 della delibera 261 rubricato “informazioni che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere alla BDNCP”: “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere tempestivamente alla BDNCP, per il tramite delle piattaforme di approvvigionamento certificate, le informazioni riguardanti:

a) programmazione

1. il programma triennale ed elenchi annuali dei lavori;
2. il programma triennale degli acquisti di servizi e forniture;

b) progettazione e pubblicazione

1. gli avvisi di pre-informazione;
2. i bandi e gli avvisi di gara;
3. avvisi relativi alla costituzione di elenchi di operatori economici;

c) affidamento

1. gli avvisi di aggiudicazione ovvero i dati di aggiudicazione per gli affidamenti non soggetti a pubblicità;
2. gli affidamenti diretti;

d) esecuzione

1. La stipula e l'avvio del contratto;
2. gli stati di avanzamento;
3. i subappalti;
4. le modifiche contrattuali e le proroghe;

5. le sospensioni dell'esecuzione;
6. gli accordi bonari;
7. le istanze di recesso;
8. la conclusione del contratto;
9. il collaudo finale;

e) ogni altra informazione che dovesse rendersi utile per l'assolvimento dei compiti assegnati all'ANAC dal codice e da successive modifiche e integrazioni.”

[23] “Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti inseriscono sul sito istituzionale, nella sezione “Amministrazione trasparente”, un collegamento ipertestuale che rinvia ai dati relativi all'intero ciclo di vita del contratto contenuti nella BDNCP secondo le regole tecniche di cui al provvedimento adottata da ANAC ai sensi dell'articolo 23 del codice. Tale collegamento garantisce un accesso immediato e diretto ai dati da consultare riferiti allo specifico contratto della stazione appaltante e dell'ente concedente ed assicura la trasparenza di tutti gli atti di ogni procedura contrattuale, dai primi atti all'esecuzione.”

[24] Cfr. comma 3, art. 35, D. Lgs. 36/2023 e ss.mm.ii..

[25] Università degli Studi di Perugia e FormezPA, «Rafforzare le competenze per la transizione ecologica e amministrativa e per l'innovazione della PA» Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza – MIC1-Sub-investimento 2.3.1 – Titolo progetto di riferimento: Investimenti in istruzione e formazione – Servizi e soluzioni tecnologiche a supporto dello sviluppo del capitale umano delle pubbliche amministrazioni.

[26] A norma dell'art. 5 del D. Lgs. 33/2013 e ss.mm.ii., l'Accesso civico (semplice o generalizzato) consente a “chiunque” di accedere a dati, documenti e informazioni delle pubbliche amministrazioni senza necessità di dimostrare un interesse qualificato.

[27] Università degli Studi di Perugia e FormezPA, «Rafforzare le competenze per la transizione ecologica e amministrativa e per l'innovazione della PA» Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza – MIC1-Sub-investimento 2.3.1 – Titolo progetto di riferimento: Investimenti in istruzione e formazione – Servizi e soluzioni tecnologiche a supporto dello sviluppo del capitale umano delle pubbliche amministrazioni.

[28] Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) tramite il Supporto Giuridico del Servizio Contratti Pubblici, in riferimento a quanto dichiarato nella relazione illustrativa del Consiglio di Stato al Codice, ha evidenziato che l'art. 35 del Decreto Legislativo n. 36/2023 si applica a tutte le fasi dei contratti pubblici, a prescindere dall'utilizzo del criterio scelto dalla Stazione Appaltante tra l'offerta economicamente vantaggiosa di qualità-prezzo o solo prezzo.

[29] Cfr. Cons. St., A.P., 2 aprile 2020, n. 10 – Pres. Patroni Griffi, Est. Nocelli.

[30] VALENTINO I. “Accesso civico agli atti di gara da parte di soggetto non concorrente: disamina e rassegna delle recenti sentenze” in rivista scientifica ANVUR “Cammino Diritto” Estratto dal n. 4/2020 - ISSN 2532-9871.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10208>