



LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL NUOVO CODICE APPALTI IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'articolo esamina le novità del d.lgs. 36/2023 sul diritto di accesso agli atti di gara, evidenziando il ruolo della digitalizzazione nel migliorare trasparenza ed efficienza. Grazie alle piattaforme di e-procurement, le procedure risultano semplificate, con accesso immediato ai documenti e riduzione delle barriere burocratiche. Tuttavia, il bilanciamento tra trasparenza e tutela della riservatezza, specie per segreti tecnici e commerciali, solleva criticità interpretative e applicative. La sentenza del TAR Lazio n. 20509/2024 sottolinea l'importanza di motivazioni adeguate per le richieste di oscuramento. Il contributo analizza i benefici e i limiti del nuovo sistema, approfondendo il rapporto tra innovazione digitale e diritto di difesa.

di **Maria Federica Santoli**
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Alessio Giaquinto

Publicato, Lunedì 3 Febbraio 2025



Abstract ENG

The article analyzes the innovations of Legislative Decree 36/2023 on the right of access to tender documents, highlighting the role of digitalization in enhancing transparency and efficiency. Through e-procurement platforms, procedures are streamlined with immediate access to documents and reduced bureaucratic hurdles. However, balancing transparency with confidentiality, particularly for technical and commercial secrets, poses interpretative and practical challenges. The Lazio Regional Administrative Court's ruling No. 20509/2024 emphasizes the need for adequate reasoning in confidentiality requests. The article explores the benefits and limits of the new system, focusing on the interplay between digital innovation and legal defense rights.

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'articolo 35 del d.lgs. 36/2023: accesso agli atti e riservatezza; 3. L'articolo 36 del d.lgs. 36/2023: profili procedimentali e processuali; 4. Il caso concreto esaminato dal TAR Lazio; 5. Riflessioni sulla sentenza n. 20509/2024; 6. L'impatto delle novità sul sistema degli appalti pubblici; 7. Criticità e prospettive future; 8. Conclusioni.

1. Introduzione

La trasparenza è un principio cardine del diritto amministrativo italiano, strettamente legato al diritto di accesso agli atti. Questo principio ha radici storiche profonde, risalenti alle prime normative sulla pubblicità degli atti amministrativi, introdotte per garantire la partecipazione dei cittadini e il controllo sull'operato delle istituzioni pubbliche. Una pietra miliare in questo percorso è stata la legge n. 241 del 1990, che per la prima volta ha formalizzato il diritto di accesso agli atti amministrativi come strumento di tutela dell'interesse individuale e collettivo.

Questa normativa, figlia di un periodo storico caratterizzato da un rinnovato interesse per la trasparenza amministrativa, ha segnato un cambio di paradigma nel rapporto tra amministrazione e cittadini. Successivamente, con l'avvento della società digitale, il principio di trasparenza ha continuato a evolversi, come dimostra l'attuale disciplina del d.lgs. 36/2023, che coniuga trasparenza e innovazione tecnologica attraverso strumenti come le piattaforme digitali di e-procurement. Questi strumenti, nati per semplificare le procedure amministrative e favorire l'accesso immediato alle informazioni, rappresentano un significativo progresso rispetto alle pratiche del passato, rendendo le amministrazioni più accessibili ed efficienti.

Un esempio concreto è rappresentato dall'accesso automatizzato tramite piattaforme digitali previsto dal nuovo codice, che riduce significativamente le barriere burocratiche e rende immediatamente disponibili le informazioni rilevanti ai soggetti interessati. Con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, il legislatore ha perseguito l'obiettivo di rendere le procedure di gara più trasparenti, celeri e digitalizzate, introducendo al contempo nuovi strumenti per bilanciare l'esigenza di pubblicità con quella di riservatezza.

Le modifiche introdotte rappresentano un passo importante verso una maggiore efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa, specialmente in relazione all'accesso civico generalizzato e al rapporto tra trasparenza e tutela del know-how industriale. Tuttavia, l'applicazione pratica delle norme richiede un approfondito esame, sia sul piano procedurale sia su quello giurisprudenziale. Questo articolo si propone di analizzare i principali aspetti della disciplina introdotta dal nuovo Codice, soffermandosi sulle sue novità, sulle implicazioni procedurali e sulla rilevanza della sentenza del TAR Lazio n. 20509/2024.

2. L'articolo 35 del d.lgs. 36/2023: accesso agli atti e riservatezza

L'articolo 35 del d.lgs. 36/2023 si configura come un elemento centrale nella disciplina del diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, introducendo rilevanti innovazioni soprattutto in ambito digitale. La norma dispone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti garantiscano l'accesso in modalità digitale tramite piattaforme di e-procurement, consentendo ai partecipanti di acquisire in autonomia i dati e le informazioni necessarie. Questa impostazione contribuisce a ridurre i tempi di gestione, aumentando la tracciabilità e assicurando la disponibilità diretta di tutti i documenti rilevanti.

Un aspetto chiave riguarda il bilanciamento tra la trasparenza amministrativa e la tutela della riservatezza. L'articolo prevede che gli operatori economici possano richiedere l'oscuramento di informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali, ma queste richieste devono essere sostenute da una motivata e comprovata dichiarazione. In caso di richieste non adeguatamente documentate, spetta alla stazione appaltante escluderle, garantendo l'accesso integrale ai documenti. Parallelamente, l'articolo rafforza il principio per cui il diritto di accesso difensivo, esercitabile per tutelare gli interessi giuridici in sede giudiziaria, ha prevalenza, subordinatamente alla dimostrazione della stretta indispensabilità della documentazione richiesta.

Il testo disciplina anche i casi di differimento dell'accesso, che possono verificarsi in momenti specifici della procedura. Ad esempio, nelle fasi iniziali di una gara, l'accesso agli atti relativi ai partecipanti è consentito solo dopo la scadenza dei termini per la

presentazione delle offerte. Analogamente, durante la fase di valutazione, l'accesso ai documenti è differito fino al completamento della procedura e all'aggiudicazione. Queste disposizioni sono finalizzate a garantire il regolare svolgimento della gara, preservandola da eventuali interferenze.

L'articolo individua, inoltre, specifiche ipotesi di esclusione dall'accesso, come nel caso di pareri legali acquisiti per la soluzione di controversie, relazioni riservate legate alla direzione dei lavori o informazioni relative a infrastrutture digitali protette da diritti di privativa intellettuale. Tali esclusioni, tuttavia, non trovano applicazione quando l'accesso ai documenti risulta indispensabile per la difesa in giudizio, riconoscendo un'eccezione in favore di interessi giuridicamente rilevanti.

Al fine di evitare abusi nelle richieste di riservatezza, l'articolo prevede che le stazioni appaltanti possano segnalare all'ANAC eventuali richieste infondate o reiterate di oscuramento di parti delle offerte. In presenza di irregolarità, l'ANAC ha la facoltà di adottare sanzioni pecuniarie, introducendo un elemento di controllo per tutelare il corretto funzionamento delle procedure.

3. L'articolo 36 del d.lgs. 36/2023: profili procedimentali e processuali

L'articolo 36 del d.lgs. 36/2023 introduce un nuovo sistema procedurale e processuale per l'accesso agli atti delle gare pubbliche, basato sull'utilizzo di piattaforme digitali di e-procurement. Le stazioni appaltanti devono rendere disponibili, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, i principali documenti di gara: l'offerta dell'aggiudicatario, i verbali di gara, gli atti e i dati che hanno portato all'aggiudicazione. Questo sistema elimina la necessità di presentare specifiche istanze di accesso da parte degli operatori economici, garantendo maggiore trasparenza e semplificazione nell'accesso alla documentazione.

Una rilevante innovazione è rappresentata dalla possibilità per i primi cinque operatori economici classificati in graduatoria di accedere non solo ai documenti relativi all'aggiudicatario, ma anche alle offerte degli altri concorrenti inclusi nella stessa fascia di graduatoria. Tale meccanismo rafforza il controllo sulle procedure amministrative, consentendo ai partecipanti di valutare le scelte della stazione appaltante e di tutelare tempestivamente i propri interessi giuridici. Agli operatori collocati oltre il quinto posto è invece garantito l'accesso tramite i tradizionali strumenti previsti dalla legge, come l'accesso documentale o civico generalizzato.

Le richieste di oscuramento di parti delle offerte, disciplinate ai sensi dell'articolo 35, comma 4, sono un altro elemento cruciale. Gli operatori economici possono chiedere

l'esclusione di specifiche informazioni per ragioni di riservatezza, come la tutela di segreti tecnici o commerciali, ma tali richieste devono essere adeguatamente motivate. La stazione appaltante, nell'adottare decisioni relative a tali richieste, è obbligata a fornire motivazioni precise e a includerle nella comunicazione dell'aggiudicazione. Le decisioni di accoglimento o rigetto delle richieste di oscuramento possono essere impugnate entro dieci giorni attraverso il rito speciale accelerato previsto dall'articolo 116 del codice del processo amministrativo. Questo rito riduce i tempi processuali, prevedendo la fissazione dell'udienza in tempi dimezzati e la pubblicazione di una sentenza in forma semplificata entro cinque giorni.

Il ricorso alla digitalizzazione è un elemento centrale del nuovo sistema. Grazie all'utilizzo di piattaforme digitali, tutte le informazioni di gara diventano immediatamente accessibili e tracciabili, assicurando trasparenza e riducendo i tempi di gestione delle informazioni. Il sistema permette anche di ridurre le controversie legate all'accesso agli atti, poiché le informazioni fondamentali vengono rese disponibili automaticamente.

Tuttavia, laddove le richieste di oscuramento risultino non motivate o reiterate in modo strumentale, la stazione appaltante può segnalare la questione all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che ha il potere di imporre sanzioni pecuniarie agli operatori economici responsabili.

L'articolo 36 regola anche il momento della pubblicazione delle informazioni oscurate. Anche qualora la stazione appaltante respinga le richieste di oscuramento, l'ostensione delle parti contestate non può avvenire prima del decorso del termine di dieci giorni, per consentire al richiedente di proporre eventuali ricorsi. Tale tempistica garantisce il rispetto del diritto di difesa e la corretta applicazione delle norme in materia di trasparenza e riservatezza.

4. Il caso concreto esaminato dal TAR Lazio

Il caso esaminato dal TAR Lazio riguarda una controversia tra Poste Air Cargo S.r.l., seconda classificata in una gara pubblica, e la Banca d'Italia, stazione appaltante, in relazione alla procedura per l'affidamento di servizi di trasporto aereo e aeroportuali per la movimentazione internazionale di valori. La ricorrente ha impugnato la decisione di aggiudicazione a favore di Italia Trasporto Aereo S.p.A., contestando la mancata trasparenza nell'oscuramento di alcune parti dell'offerta dell'aggiudicataria. Poste Air Cargo ha sostenuto che tale oscuramento non era adeguatamente motivato e ostacolava il diritto di accesso agli atti, previsto dall'art. 35 del d.lgs. 36/2023, fondamentale per esercitare il diritto di difesa e per verificare la regolarità della procedura.

La Banca d'Italia, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, ritenendo che Poste Air Cargo avrebbe dovuto presentare un'istanza di accesso ai sensi della l. 241/1990 per specificare le esigenze difensive. Inoltre, la stazione appaltante ha giustificato gli oscuramenti come necessari per tutelare eventuali segreti tecnici o commerciali dichiarati dall'aggiudicataria.

Il TAR ha analizzato la questione alla luce delle disposizioni del nuovo Codice degli Appalti Pubblici, in particolare gli artt. 35 e 36 del d.lgs. 36/2023. L'art. 35 disciplina il rapporto tra accesso agli atti e riservatezza, sancendo che le informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali possono essere escluse dall'accesso solo sulla base di una dichiarazione motivata e comprovata. L'art. 36, invece, introduce una procedura semplificata e digitale per l'accesso agli atti, finalizzata a garantire trasparenza e a evitare ritardi nelle contestazioni.

Il TAR Lazio ha ritenuto che la Banca d'Italia non avesse motivato adeguatamente gli oscuramenti, limitandosi ad accogliere le richieste dell'aggiudicataria senza verificarne la fondatezza. In particolare, non era stato dimostrato che le informazioni oscurate costituissero effettivamente segreti tecnici o commerciali, né era stato evidenziato un rischio concreto di pregiudizio economico in caso di divulgazione. La mancata trasparenza dell'amministrazione è stata ritenuta lesiva del diritto di accesso della ricorrente, poiché le informazioni oscurate erano necessarie per valutare la correttezza della procedura di gara.

Alla luce di ciò, il TAR ha accolto il ricorso e ordinato alla Banca d'Italia di consentire l'accesso integrale agli atti di gara entro dieci giorni, sottolineando l'illegittimità della decisione di oscuramento in assenza di una motivazione adeguata.

5. Riflessioni sulla sentenza n. 20509/2024

La sentenza del TAR Lazio rappresenta un'applicazione significativa degli articoli 35 e 36 del d.lgs. 36/2023, evidenziandone sia i punti di forza sia le sfide interpretative. L'art. 35 ribadisce la centralità del principio di trasparenza nelle procedure ad evidenza pubblica, stabilendo che il diritto di accesso agli atti prevale sulla tutela della riservatezza quando ciò è indispensabile per la difesa degli interessi giuridici dei partecipanti alla gara. Tuttavia, la norma richiede che le amministrazioni valutino caso per caso la validità delle richieste di oscuramento, basandosi su dichiarazioni motivate e comprovate degli operatori economici. Nel caso specifico, la Banca d'Italia ha omesso di effettuare tale valutazione, violando i principi di trasparenza e motivazione.

L'art. 36 introduce un sistema di accesso digitalizzato agli atti di gara, finalizzato a

garantire un controllo immediato sulle decisioni delle amministrazioni. Questo modello procedurale, basato sull'utilizzo di piattaforme di e-procurement, intende semplificare l'accesso alle informazioni e prevenire ricorsi "al buio" da parte degli operatori economici.

Tuttavia, come evidenziato dalla sentenza, l'efficacia del sistema dipende dall'osservanza rigorosa degli obblighi di trasparenza da parte delle stazioni appaltanti. In particolare, il TAR ha sottolineato che la comunicazione digitale degli atti di gara deve includere una motivazione chiara e dettagliata delle decisioni sugli oscuramenti, al fine di garantire il diritto di accesso degli operatori interessati.

La decisione del TAR Lazio richiama l'attenzione sul delicato equilibrio tra trasparenza e riservatezza, sancito dall'art. 35, comma 5, del D.lgs. 36/2023. Se da un lato è necessario tutelare le informazioni che costituiscono segreti tecnici o commerciali, dall'altro la tutela non può essere invocata in modo generico o strumentale per limitare il controllo sulla regolarità delle procedure di gara. La sentenza sottolinea che, in assenza di motivazioni specifiche e comprovate, le richieste di oscuramento non possono prevalere sul diritto di accesso ai fini difensivi.

Infine, la previsione di un rito super accelerato per le controversie relative all'accesso agli atti, introdotta dall'art. 36, evidenzia l'intento del legislatore di ridurre i tempi del contenzioso amministrativo e di garantire un rapido accertamento della legittimità delle procedure di gara. Tuttavia, come emerge dal caso esaminato, il rispetto dei termini procedurali non può prescindere dalla corretta applicazione dei principi di trasparenza e motivazione da parte delle amministrazioni.

6. L'impatto delle novità sul sistema degli appalti pubblici

Le innovazioni introdotte dal D.lgs. 36/2023 hanno avuto un impatto rilevante sul sistema degli appalti pubblici, portando a una ristrutturazione profonda dei processi operativi. La digitalizzazione obbligatoria delle procedure, tramite l'uso delle piattaforme di e-procurement, ha trasformato la gestione degli appalti, garantendo maggiore trasparenza e tracciabilità delle operazioni. Tuttavia, la transizione digitale ha evidenziato disparità significative tra amministrazioni, con difficoltà pratiche legate alla carenza di formazione e risorse per il personale coinvolto.

L'estensione del campo di applicazione del codice agli ambiti delle concessioni di servizi pubblici e delle partnership pubblico-privato ha allargato l'orizzonte regolatorio, consentendo un controllo più puntuale sull'impiego dei fondi, in particolare quelli legati al PNRR. Ciò ha generato un incremento della partecipazione degli operatori economici,

pur accentuando complessità procedurali e rischi interpretativi, con un impatto diretto sulle tempistiche di realizzazione dei progetti.

Le modifiche alle tempistiche procedurali, come l'introduzione di termini accelerati per l'impugnazione delle decisioni relative agli oscuramenti, hanno spinto verso una gestione più rapida delle controversie. Tuttavia, questa scelta ha sollevato dubbi tra gli operatori economici, che potrebbero trovarsi in difficoltà nel predisporre adeguate azioni legali entro i nuovi termini.

Le innovazioni mirate a incentivare trasparenza e sostenibilità nelle proposte progettuali hanno introdotto un maggiore focus sulla qualità delle offerte, favorendo approcci più innovativi e rispettosi dell'ambiente. Tuttavia, il rafforzamento delle disposizioni per la tutela dei segreti tecnici e commerciali ha generato un incremento dei contenziosi, rendendo necessario un continuo bilanciamento tra il diritto alla riservatezza e il principio di trasparenza.

7. Criticità e prospettive future

Il nuovo codice degli appalti presenta diverse criticità che emergono soprattutto nella fase applicativa. Una delle problematiche più evidenti riguarda la difficoltà di interpretare e applicare in modo uniforme le nuove disposizioni, in particolare per quanto riguarda la digitalizzazione delle procedure e l'accesso agli atti. La mancanza di una formazione adeguata al personale delle amministrazioni pubbliche e di strumenti tecnologici uniformi crea un divario significativo tra enti maggiormente attrezzati e quelli con risorse limitate.

La gestione delle piattaforme di e-procurement, introdotte per semplificare e rendere più trasparenti le procedure, ha incontrato ostacoli legati sia a problematiche tecniche sia a un utilizzo non sempre corretto da parte degli enti appaltanti. Questo aspetto non solo rallenta i tempi di gara ma può anche generare errori o contestazioni.

Un ulteriore nodo critico riguarda il bilanciamento tra trasparenza e tutela della riservatezza. L'applicazione degli articoli 35 e 36, che regolano l'accesso agli atti e la possibilità di oscuramento per la protezione dei segreti tecnici e commerciali, ha sollevato numerosi dubbi interpretativi. La mancanza di criteri chiari su cosa costituisca un segreto industriale ha portato a un incremento delle controversie tra operatori economici e amministrazioni, contribuendo a un aumento del contenzioso.

Anche i termini stretti imposti per l'impugnazione delle decisioni di oscuramento, insieme al rito super accelerato previsto dall'art. 36, hanno sollevato criticità operative. Questo

modello procedurale può mettere in difficoltà gli operatori economici, che spesso non riescono a esaminare in modo approfondito la documentazione nei tempi previsti, generando il rischio di limitazioni nell'esercizio del diritto di difesa.

Infine, permane il rischio che la complessità normativa continui a rappresentare una barriera per le piccole e medie imprese, riducendo la loro capacità di partecipare efficacemente alle gare pubbliche.

8. Conclusioni

Le riforme introdotte dal d.lgs. 36/2023, in particolare con gli articoli 35 e 36, rappresentano un tentativo ambizioso di modernizzare e digitalizzare il sistema degli appalti pubblici in Italia. La centralità attribuita alla trasparenza, all'accesso civico generalizzato e alla digitalizzazione risponde all'esigenza di rendere il sistema più aperto, efficiente e conforme ai principi europei. Tuttavia, queste novità hanno generato impatti eterogenei e sollevato problematiche operative.

La sentenza del TAR Lazio evidenzia come la disciplina sull'accesso agli atti, pur innovativa, richieda un'applicazione rigorosa e trasparente da parte delle amministrazioni. La decisione del TAR sottolinea la necessità di un adeguato bilanciamento tra la tutela della riservatezza e il diritto di accesso, ribadendo che il principio di trasparenza deve prevalere ogniqualvolta le esigenze di difesa siano dimostrate come imprescindibili. L'adozione di piattaforme digitali rappresenta uno strumento chiave per garantire trasparenza e tracciabilità, ma le difficoltà legate alla formazione del personale e alla gestione tecnica rimangono ostacoli significativi.

Dal punto di vista delle criticità, l'applicazione concreta delle nuove norme mostra un sistema che, sebbene innovativo, risente ancora di una complessità normativa e procedurale che rischia di escludere le piccole e medie imprese o di rallentare le gare d'appalto. Inoltre, il rito super accelerato previsto dall'art. 36 solleva questioni sul rispetto del diritto alla difesa, poiché i termini estremamente ridotti per i ricorsi possono penalizzare gli operatori economici meno strutturati.

In prospettiva, è essenziale che le amministrazioni pubbliche e gli operatori economici siano adeguatamente supportati nell'adattamento alle nuove procedure digitali. Questo richiede un maggiore impegno nella formazione, un miglioramento delle infrastrutture tecnologiche e un intervento normativo mirato a correggere le criticità riscontrate. Solo attraverso un'applicazione coerente e uniforme delle nuove disposizioni sarà possibile realizzare pienamente gli obiettivi di semplificazione, trasparenza ed efficienza promossi dal nuovo codice degli appalti.

LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL NUOVO CODICE APPALTI IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

Note e riferimenti bibliografici

1. Art. 36, d.lgs. 36/2023: disciplina l'accesso digitale agli atti di gara e introduce il rito super accelerato per la tutela giurisdizionale.
2. TAR Lazio, Sez. I, sent. n. 20509/2024: interpreta l'art. 36 del d.lgs. 36/2023, approfondendo il bilanciamento tra trasparenza e riservatezza.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=10909>