



# CAMMINO DIRITTO

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



## **GARE D'APPALTO E PARTICOLARE DISCIPLINA DELL'ACCESSO AGLI ATTI: IL DIRITTO DI ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO**

*Per molti anni è stato dibattuta dalla giurisprudenza amministrativa l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico, e in particolare, dell'accesso civico generalizzato, introdotto nel d.lgs. n. 33/2013 dal d.lgs. n. 97/2016, alla materia degli appalti pubblici. A risolvere il contrasto giurisprudenziale, in senso positivo, è intervenuta, a seguito di rimessione attraverso ordinanza della III sezione del Consiglio di Stato, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 10 del 2 aprile 2020.*

di **Carmela Incarnato, Margherita Esposito**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Raffaele Giaquinto**

Publicato, Lunedì 17 Agosto 2020

 Abstract ENG

*For many years, the applicability of the civic access regulation, and in particular of the generalized civic access, introduced in the legislative decree no. 33/2013 from Legislative Decree no. 97/2016, to public procurement, has been debated by the administrative jurisprudence. To resolve the jurisprudential conflict, in a positive sense, following the remission by order of the III section of the Council of State, the Plenary Assembly, with sentence no. 10 of April 2, 2020.*

---

**Sommario:** 1. Il diritto di accesso agli atti: accesso agli atti documentale e accesso civico; 1.1 L'accesso agli atti nel "Codice dei Contratti Pubblici" d.lgs. n. 50/20162; 2. Il contrapposto orientamento in materia di accesso civico e accesso documentale: arriva la sentenza risoltrice dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; 2.1 L'orientamento giurisprudenziale contrario all'applicazione dell'istituto de quo nei procedimenti di gara; 2.2. La posizione favorevole all'applicazione dell'istituto in esame nelle gare d'appalto; 2.3 La rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del CdS e la sentenza 2 aprile 2020, n. 10; 3. Conclusioni

## 1. Il diritto di accesso agli atti: accesso agli atti documentale e accesso civico

Il diritto di accesso agli atti rappresenta un diritto di fondamentale importanza riconosciuto al cittadino nell'ambito dei propri rapporti con la Pubblica Amministrazione. Esso rappresenta una forte estrinsecazione dei principi di trasparenza e pubblicità, attraverso i quali si è arrivati ad immaginare, in via metaforica, la Pubblica Amministrazione come una "casa di vetro"<sup>[1]</sup>, il cui operato fosse sempre visibile dall'esterno.

Tre sono le tappe fondamentali che hanno segnato l'evoluzione del diritto di accesso.

Il primo approdo è rappresentato dagli articoli 22 e ss. della legge n. 241 del 1990. Ai sensi dell'articolo 22 l. 241/90, infatti, il diritto di accesso, c.d. accesso documentale, è il diritto degli interessati a prendere visione ed estrarre copia di documenti amministrativi. Esso assurge a principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione del privato nei procedimenti amministrativi nei quali è coinvolto e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa. Il diritto di accesso, così come disciplinato agli artt.22 e ss. l. 241/90, è subordinato all'esistenza di una

posizione legittimante. Infatti, è riconosciuto ai soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad un interesse giuridicamente rilevante e collegato al documento per il quale si richiede l'accesso.

In questo contesto, dunque, l'intenzione del legislatore è stata quella di escludere un accesso indiscriminato ai documenti amministrativi ed un controllo generico dell'attività amministrativa. Ai sensi dell'art. 24 l. 241/90, il diritto di accesso è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato, nei procedimenti tributari, nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione e nei procedimenti selettivi, per i documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

Il secondo momento evolutivo della disciplina del diritto di accesso è rappresentato dall'emanazione del decreto legislativo del 14 marzo 2013, n. 33, (c.d. Testo Unico per la Trasparenza nella P.A.), che ha introdotto nel nostro ordinamento il cd "accesso civico semplice".

Successivamente, il decreto legislativo n. 97 del 2016, recante disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza nella pubblica amministrazione, di attuazione della delega prevista dalla l. n. 124/2015 e novellando il d.lgs. [{https/URL}](#)

L'accesso civico semplice, disciplinato al co.1 dell'art. 5 d.lgs. 33/2013, ha previsto l'obbligo, in capo alle pubbliche amministrazioni, di pubblicare documenti, informazioni o dati ed il conseguente diritto per chiunque di chiedere l'accesso a questi ultimi che, coperti dall'obbligo di pubblicazione, non siano stati pubblicati<sup>[2]</sup>.

A differenza dell'accesso ex art.22 della legge [{https/URL}](#)

L'accesso civico generalizzato, invece, introdotto al co. 2 dell'art.5 con la novella del 2016, ha previsto, con lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, che chiunque ha diritto di accedere ai documenti detenuti dalle amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli già oggetto di pubblicazione, nel rispetto delle esclusioni e dei limiti previsti all'art.5 bis dello stesso decreto<sup>[3]</sup>.

Si tratta, dunque, come affermato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, di

«un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione»<sup>141</sup>.

### 1.1 L'accesso agli atti nel “Codice dei Contratti Pubblici” d.lgs. n. 50/2016

L'art. 53 d.lgs. 50/2016, rubricato “Accesso agli atti e riservatezza”, stabilisce, al primo comma, che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e ss. della legge {https/URL}

Il secondo comma dell'art. 53, infatti, stabilisce il differimento del diritto di accesso nelle procedure aperte, riguardo l'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle stesse; nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, riguardo l'elenco di soggetti che hanno fatto richiesta di invito o invitati a presentare offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione, e in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

Il quinto comma dell'art. 53, inoltre, stabilisce per gli appalti secretati o per quelli che richiedano speciali misure di sicurezza, l'esclusione del diritto di accesso e di ogni altra forma di divulgazione, per le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta che costituiscono segreti tecnici o commerciali, a fronte di motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente; per i pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici, per la soluzione di eventuali contenziosi relativi ai contratti pubblici; per le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; per soluzioni tecniche e programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche laddove coperti da diritti di privativa intellettuale.

### 2. Il contrapposto orientamento in materia di accesso civico e accesso documentale: finalmente arriva la sentenza risolutrice dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Se nessun problema sorge in merito all'applicazione dell'istituto dell'accesso documentale alle procedure di gara, così come disciplinato dall'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016, che rinvia in modo diretto alla disciplina contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, molto controversa è invece l'applicazione dell'accesso civico, e in

particolare dell'accesso generalizzato, disciplinato appunto dal d.lgs. n.33 del 2013.

Molte, infatti, sono le sentenze in materia, divergenti tra loro, dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato.

Prima di analizzare nel dettaglio la sentenza risoltrice, è bene analizzare gli orientamenti contrastanti che hanno portato alla rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

## **2.1 L'orientamento giurisprudenziale contrario all'applicazione dell'istituto de quo nel procedimenti di gara**

Con l'introduzione dell'accesso civico, e in particolare dell'accesso civico generalizzato, la giurisprudenza maggioritaria era d'accordo nel ritenere esclusa l'applicazione di tale istituto nei procedimenti di affidamento.

Con una delle prime sentenze in materia, con la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Emilia Romagna, sede di Parma, sezione I, del 18 luglio 2018, n. 197, il giudice amministrativo ha infatti ritenuto che la norma dettata dall'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016 esclude in modo diretto l'applicazione dell'accesso civico, sia per la documentazione di gara sia per la documentazione post gara da parte di soggetti non qualificati, non portatori cioè di un interesse diretto, concreto ed attuale, così come previsto invece dall'art. 22 analizzato in precedenza, e questo perché l'utilizzo dell'accesso civico generalizzato si configura come un accesso incondizionato a tutti gli atti e documenti e informazioni in possesso delle pp.aa., ulteriori rispetto a quelli per cui è previsto l'obbligo di pubblicazione. Più nello specifico, il giudice ha stabilito che la particolare normativa prevista dal codice dei contratti può essere considerato:

“.. un complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate. In altri termini, risulta del tutto giustificata una scelta del legislatore volta a sottrarre anche solo implicitamente una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati”<sup>[5]</sup>.

Ancora, con la sentenza n. 425 del 2019, il T.A.R. Lazio, Roma, sezione II, conformandosi alle precedenti pronunce, ribadisce l'esclusione dalle procedure di gara della disciplina dell'accesso civico generalizzato, in quanto

“l’accesso agli atti concernenti la procedura di affidamento e la fase di esecuzione dei contratti pubblici è oggetto di una disciplina ad hoc, costituita dalle apposite disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e, ove non derogate, da quelle in tema di accesso ordinario recate dalla legge n. 241 del 1990.

Pertanto in tale materia non trova applicazione l’istituto dell’accesso civico generalizzato, alla luce anche dell’art. 5 bis del d.lgs. n. 33 del 2013, che disciplina le ipotesi di esclusione e i limiti dell’accesso civico.

A maggior sostegno di tale tesi interviene il Consiglio di Stato, sezione V, che con sentenza 2 agosto 2019, n. 5503, confermando l’esclusione dall’ambito degli appalti e delle procedure di gara dell’istituto in esame, afferma che tale esclusione è dovuto non tanto ad un’incompatibilità funzionale o morfologica, bensì alla prevalenza della normativa speciale, dettata dal codice dei contratti, sulla normativa generale<sup>[6]</sup>.

## **2.2 La posizione favorevole all’applicazione dell’istituto in esame nelle gare d’appalto**

Se da un lato la giurisprudenza sostiene la non applicazione dell’istituto in esame nei procedimenti di gara, dall’altra c’è un orientamento, se pur minoritario, a sostegno dell’applicazione dell’accesso civico in materia.

In merito, il T.A.R. Campania, Napoli, sezione VI, con la sentenza del 22 dicembre 2017, n. 6028, ha affermato appunto che il soggetto partecipante alla procedura di gara può, in assenza dei requisiti previsti per proporre istanza di accesso agli atti ex art. 22 della legge sul procedimento amministrativo, far ricorso, per accedere agli atti e documenti inerenti la procedura di gara stessa e gli atti connessi e consequenziali, quali ad esempio l’aggiudicazione, all’accesso civico generalizzato e questo perché tale accesso si inserisce nel più ampio diritto di informazione: infatti, il giudice amministrativo ha affermato che

“l’accesso civico generalizzato (a differenza dell’accesso ordinario) ha ad oggetto non solo documenti ma anche meri “dati e informazioni””<sup>[7]</sup>.

Ancora, il Consiglio di Stato, sezione III, ribaltando l’orientamento della sentenza di primo grado emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna, sezione di Parma, Sez. I, n. 197/2018, con sentenza 5 giugno 2019, n. 3780, ha affermato che il legislatore, con l’introduzione dell’istituto in esame, ha inteso consentire a chiunque l’accesso ai documenti in possesso delle pp.aa., al di là dei documenti e informazioni per cui è già previsto l’obbligo di pubblicazione. Infatti, partendo da un’analisi comparata



degli art. 53 del d.lgs. 50 del 2016 e dell'art. 5 bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, emerge come l'art 53 elenchi una serie di prescrizioni riguardanti la limitazione dell'accesso durante i procedimenti di gara, mentre l'art 5 bis, co. 3, individua le ipotesi di esclusione e limiti all'accesso civico: tale articolo cita infatti "specifiche condizioni, modalità e limiti", ma non intere materie. Pertanto, conclude per l'applicazione dell'accesso civico anche alla materia degli appalti, assicurando in tal modo il rispetto di un principio costituzionalmente garantito, qual è quello della trasparenza: infatti stabilisce che con riferimento alle procedure di gara la possibilità di presentare istanza di accesso generalizzato risponde alla necessità di partecipare e assistere a procedure di appalto trasparenti "come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione"<sup>18]</sup>.

### **2.3 La rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del CdS e la sentenza 2 aprile 2020, n. 10**

A risolvere definitivamente il contrasto giurisprudenziale, a seguito di rimessione della questione con ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019, è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza del 2 aprile 2020, n. 10, ha riconosciuto in modo definitivo la possibilità di far ricorso al diritto di accesso civico generalizzato nelle procedure di gara e nell'esecuzione dei contratti pubblici, tenendo conto ovviamente dei divieti individuati nell'art. 53 del d.lgs. 50 del 2016.

Infatti:

"la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza".

L'accesso civico generalizzato si pone non solo come attuazione del principio di trasparenza intesa in tal caso come forma di prevenzione dei fenomeni di corruzione ma come diritto fondamentale della persona: tale tipo di accesso infatti trova le proprie basi non solo negli articoli 1, 2, 97 e 117 Costituzione, ma trova fondamento anche nell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee e nell'art. 10 CEDU<sup>19]</sup>.

L'Adunanza Plenaria è intervenuta anche sul rapporto tra accesso documentale, art 22 della legge n. 241/90 e accesso civico generalizzato, affermando che le stazioni appaltanti, in presenza di un'istanza di accesso agli atti e ai documenti formulata in modo generico, hanno il potere-dovere di esaminarla anche facendo riferimento alla normativa inerente l'accesso civico generalizzato. Infatti:

“a fronte di una istanza che non fa riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella dell'accesso civico generalizzato e non ha inteso ricondurre o limitare l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, ma si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza”<sup>101</sup>.

Tale ipotesi viene esclusa nella sola ipotesi in cui l'interessato abbia fatto specifico riferimento all'accesso documentale, che segue rigorosamente la disciplina individuata dall'art. 22 della legge 241/90: infatti è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro di accesso.

### 3. Conclusioni

Per concludere, possiamo dire che l'Adunanza Plenaria ha aperto la strada ad una più giusta disciplina dell'accesso agli atti di gara nelle procedure disciplinate dal d.lgs. n. 50 del 2016, bilanciando il principio di trasparenza e prevenzione della corruzione, in un ambito particolarmente complesso qual è quello degli appalti, con il principio di tutela della concorrenza e dei segreti industriali e commerciali: infatti, richiamando anche la decisione ultima del Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 1 luglio 2020, n. 4220, i giudici di palazzo Spada hanno sostenuto che l'accesso agli atti nelle procedure disciplinate dal Codice dei contratti e delle concessioni non deve essere sempre integrale, ciò appunto per tutelare tutti gli interessi giuridicamente coinvolti nelle procedure qui considerate.



## Note e riferimenti bibliografici

---

[1]L'espressione "casa di vetro" è stata utilizzata per la prima volta nel 1908 da Filippo Turati, in occasione di un discorso tenuto alla Camera dei Deputati.

[2]Art. 5, co.1, d.lgs. 33/2013: "L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione".

[3]Art. 5, co.2, d.lgs. 33/2013 "Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.).

[4]Determinazione ANAC n. 1309/2016 del 28.12.2016 " Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013).

[5]In senso analogo si è espresso il T.A.R. Marche, Ancona, sezione I, sentenza del 13 novembre 2018, n. 677.

[6] "Tale esclusione consegue, non ad incompatibilità morfologica o funzionale, ma al delineato rapporto positivo tra norme, che non è compito dell'interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l'incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore".

[7]In senso conforme, T.A.R. Lombardia, sezione IV, sentenza 11 gennaio 2019, n.45.

[8] "Proprio con riferimento alle procedure di appalto, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e viene perciò meno la tutela della "par condicio" dei concorrenti risponde soltanto ai canoni generali di "controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 5 co. 2 cit. d.lgs. 33). Ancora, "Vi è infatti, a rafforzare in materia l'ammissibilità dell'accesso civico, una esigenza specifica e più volte riaffermata nell'ordinamento statale ed europeo, e cioè il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione".

[9] "La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost e riconosciuta dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate Linee guida dell'ANAC, nel par. 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019 (par. 3)".

[10] In senso conforme si è espresso il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione con la Circolare n. 2/2017 contenente disposizioni sull'Attuazione delle norme che regolamentano l'accesso civico generalizzato.

---

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

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5695>