

NOTA A CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 29 APRILE 2022, N. 3392

***L'accesso agli atti di gara si configura come accesso "partecipativo" e prescinde dalla
posizione in graduatoria del richiedente***

Di STEFANIA CANTISANI

SOMMARIO: 1. La vicenda - 2. La delimitazione dell'oggetto del giudizio nella pronuncia del Consiglio di Stato- 3. I punti trattati dal Consiglio di Stato: a) le peculiarità dell'accesso difensivo nel Codice dei contratti; b) il richiamo alla decisione dell'Adunanza plenaria n.19/2020; c) il rapporto tra accesso difensivo e dati riservati e le precisazioni della successiva sentenza AP n.4/2021- 4. La decisione conclusiva.

Abstract

Con sentenza n.3392/2022, la quinta sezione del Consiglio di Stato, inquadra il diritto di accesso agli atti di gara previsto dall'art.53, c.1 del Codice dei contratti nell'ambito del generale istituto dell'accesso amministrativo disciplinato dagli artt. 22 e ss. della Legge n.241 del 1990.

Il Consiglio di Stato richiama, in particolare, la distinzione tra accesso partecipativo e accesso c.d. difensivo contenuta nella pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 19/2020, e afferma che nella materia dei contratti pubblici, fatte salve le deroghe espressamente considerate dall'art.53 del d.lgs. n.50/2016, fra cui quella relativa ai segreti tecnici e commerciali, l'accesso agli atti di gara assume i connotati dell'accesso partecipativo, espressione del principio di trasparenza. Sussiste dunque un interesse attuale e concreto del partecipante ad una procedura di gara ad evidenza pubblica alla conoscenza degli atti di gara alla quale ha preso parte al fine di verificarne la legittimità e ciò a prescindere dalla circostanza che il richiedente l'accesso si sia collocato all'ottavo posto in graduatoria.

By judgment n.3392/2022, the fifth section of the Council of State, frames the right of access to tender documents provided for by art.53, c.1 of the Code of Contracts within the general legal arrangement of administrative access governed by art. 22 et seq. of Law No 241 of 1990.

The Council of State recalls, in particular, the distinction between participatory access and defensive access contained in the Plenary Assembly no. 19/2020, and states that in the matter of public contracts, subject to the exceptions expressly considered by art.53 of d.lgs. n.50/2016, including that relating to technical and commercial secrets, access to tender documents assumes the characteristics of participatory access, expression of the principle of transparency. There is therefore a current and concrete interest of the participant in a public tender procedure to the knowledge of the tender documents in which he took part in order to verify the legality and this regardless of the fact that the applicant placed in eighth place in the ranking.

1.La vicenda

Con la sentenza in epigrafe citata, la quinta sezione del Consiglio di Stato torna sulle problematiche relative all'accesso documentale agli atti di gara con particolare riferimento alle caratteristiche dell'accesso c.d. defensionale ed al rapporto intercorrente tra questa tipologia di accesso e i dati coperti da riservatezza (c.d. finanziaria ed economica).

Le questioni in parola sono state oggetto di alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria (nn.19, 20 e 21 del 25 settembre 2020 e n.4 del 18 marzo 2021) che hanno affermato importanti principi di diritto in materia di accesso agli atti completando così l'ideale percorso argomentativo intrapreso con la fondamentale sentenza della stessa Adunanza Plenaria n.10 del 2 aprile 2020.

Com'è noto, quest'ultima sentenza ha riconosciuto la piena applicabilità dell'accesso civico "generalizzato" nel settore dei contratti pubblici in forza della pervasività a tutto tondo del principio di trasparenza quale «fondamento della democrazia amministrativa in uno stato di diritto»¹.

¹ AP n.10/2020 -Par. 22.6. La sentenza è stata definita una «pietra miliare» (Cfr. F.MANGANARO, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *Federalismi.it*, n.20/2021, pp.159 e ss.) nel complesso e stratificato sistema che allo stato attuale della normativa vede coesistere tre tipologie di accesso: l'accesso c.d. procedimentale di cui alla legge n.241/1990, l'accesso civico semplice previsto originariamente dal d.lgs.n.33/2013 (e ora normato all'art.5, comma 1 del decreto) che garantisce il diritto di ogni cittadino di pretendere la pubblicazione di documenti, informazioni e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria da parte della P.A., l'accesso civico generalizzato, introdotto dal d.lgs. n.97/2016 (art.5, comma 2 del citato d.lgs. n.33/2013) che riconosce il diritto di «chiunque» di accedere a dati e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria «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» sulle orme del Freedom of Information Act

La vicenda che ha dato origine alla sentenza in questione è scaturita dalla procedura di gara che era stata bandita dalla Invitalia S.p.a. (Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa, società di proprietà del Ministero dell'Economia e delle Finanze), in qualità di centrale di committenza per il MIBACT, per l'affidamento dei lavori di riallestimento degli spazi espositivi della Galleria Nazionale dell'Umbria. A conclusione della procedura, una delle imprese partecipanti alla gara che si era collocata all'ottavo posto della graduatoria finale aveva richiesto, ai sensi dell'art. 53 d.l.gs. 50/2016 e degli art. 22 e ss. l. 241/90, alla stazione appaltante il rilascio di copia informale di tutti gli atti che avevano preceduto l'aggiudicazione dell'appalto motivando l'istanza con l'esigenza di verificare, alla luce della documentazione oggetto della richiesta di accesso, l'opportunità di dar luogo ad iniziative a difesa delle proprie ragioni a fronte della mancata aggiudicazione della gara.

A tale richiesta, peraltro reiterata più volte, Invitalia aveva opposto un netto rifiuto ritenendo l'istanza inammissibile in quanto preordinata ad un controllo generalizzato della propria attività e comunque non sufficientemente motivata in relazione alle esigenze difensive dell'istante anche in considerazione della mole della documentazione richiesta.

Il Tar Lazio², giudice dell'accesso ai sensi dell'art.116 c.p.a., accoglieva il ricorso proposto dall'impresa in considerazione che Invitalia nel respingere l'accesso aveva fatto riferimento non già alla normativa speciale di cui all'art.53 del d.lgs. n.50/2016, che per l'accesso agli atti nelle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici rinvia agli artt.22 e ss. della legge n.241/1990 disciplinando alcune specifiche ipotesi di differimento e di esclusione, bensì alle

(c.d. F.O.I.A.) statunitense. A queste tre tipologie di accesso si affiancano, inoltre, tre regimi di accesso differenziati e preesistenti rispetto alla riforma operata con il d.lgs. n.97/2016:l'accesso agli atti e alle informazioni in possesso degli enti locali, disciplinato dagli artt. 10 e 42 del d.lgs. n.267/2000 (Testo unico degli EE.LL.) a seconda che l'accesso riguardi i cittadini o i consiglieri comunali; l'accesso alle informazioni ambientali di cui al d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195, emanato in attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale; l'accesso in materia di contratti pubblici ai sensi dell'art.53 del Codice dei contratti (d.lgs. n.50/2016) che lo circoscrive «agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte». Sul punto v. F. FRANCIOSI, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione teorica*, in *Federalismi.it*, n.10/2019, p.2 e ss.; per le discipline speciali di accesso in rapporto all'accesso civico generalizzato v. A. PAIANO, *I casi speciali di accesso: le interazioni con l'accesso civico generalizzato*, in *Federalismi.it*, n.4/2020, p.146 e ss. Tra i numerosi commenti alla sentenza AP n.10/2020, si veda A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it.*, n.16/2020, pp.48 e ss; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, pp.505 e ss; A. BERTI, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, pubblicato il 14 aprile 2020 in <http://www.giustizia-amministrativa.it/>; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto di accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza*, in *Giustamm.it*, n. 4, 2020; V.MIRRA, *Diritto d'accesso e attività contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb.app*, n.5/2020,pp 680 e ss.

² Tar Lazio, Sez. III, 7 ottobre 2021, n.10281.



«condizioni generali dell'interesse e della puntuale individuazione della documentazione oggetto dell'istanza».

Rilevava il giudice di prime cure che, come condivisibilmente affermato in sede di ricorso, la partecipazione alla gara *«radichi, ex se, la legittimazione e l'interesse all'accesso agli atti e documenti di cui la stessa si compone»*. Né poteva considerarsi limitativo del diritto di accedere agli atti della procedura la posizione della ricorrente di ottava in graduatoria come pure la mancata proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione: sotto il primo profilo, infatti, non poteva negarsi l'astratta legittimazione della ricorrente a contestare la posizione degli operatori economici che la precedevano in graduatoria; quanto al secondo profilo, il Tar richiamava la specificità dell'accesso difensivo dovendo l'espressione *“curare o difendere i propri interessi giuridici”* contenuta nel comma 7 dell'art.24 della legge n.241/1990 *«essere intesa in senso ampio e costituzionalmente orientato e, dunque, come comprensiva di ogni possibile mezzo di tutela (es. esposti all'ANAC, azioni risarcitorie), in quanto la rilevanza dell'accesso ai fini della tutela del diritto di difesa deve essere valutata “in via prospettica” in relazione cioè alla “conoscenza dell'oggetto della richiesta di accesso e al conseguenziale esercizio delle facoltà difensive da parte della richiedente”»*.

La vicenda è stata quindi sottoposta all'esame del Consiglio di Stato cui Invitalia si era rivolta impugnando la sentenza del Tar Lazio.

Ebbene il supremo collegio amministrativo ha confermato in appello la decisione del primo giudice cogliendo l'occasione per precisare alcuni punti fermi in materia di accesso tenuto conto delle argomentazioni formulate dall'appellante.

2.La delimitazione dell'oggetto del giudizio nella pronuncia del Consiglio di Stato

In particolare, come sottolinea il Consiglio di Stato, l'appello interposto da Invitalia richiamava a sostegno della tesi dell'erroneità della sentenza impugnata, per un verso, la giurisprudenza formata in occasione delle richieste di accesso ai documenti reddituali, patrimoniali e finanziari in possesso dell'Agenzia delle Entrate e i relativi dati conservati nell'Anagrafe tributaria in pendenza di un processo civile di separazione tra coniugi e per altro aspetto, l'indirizzo secondo cui, ai fini dell'esercizio di diritto di accesso alle informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali ai sensi dell'art.53, comma 6 del d.lgs. n.50/2016, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti ma la necessità di utilizzare la richiesta documentazione ai fini di uno specifico giudizio. Assumeva l'appellante, richiamandosi alla sentenza dell'Adunanza plenaria n.20/2020, che nell'accesso difensivo

incombe sul richiedente l'onere di provare il necessario nesso di strumentalità tra la documentazione di cui si chiede l'ostensione e la situazione soggettiva finale (nella specie l'aggiudicazione della gara) per l'ottenimento della quale l'accesso difensivo si fa da tramite. Secondo l'insegnamento della stessa Adunanza plenaria nella sentenza n.4/2021, inoltre, le finalità dell'accesso devono essere rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione e suffragate da idonea documentazione in modo da permettere all'amministrazione detentrica del documento di valutare il nesso di strumentalità necessaria sub specie di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa, non essendo sufficiente a tal fine un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa l'appena descritto nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa.

Il diniego di Invitalia si era dunque fondato sulla genericità delle motivazioni che giustificavano la richiesta di accesso la cui finalità era quindi di carattere meramente esplorativo e tale da non giustificare la deroga all'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali incorporati nell'offerta tecnica dei concorrenti alle procedure di gara, deroga che può superarsi solo ove si dimostrasse l'effettiva utilità della documentazione richiesta in uno specifico giudizio mentre nel caso in esame la richiedente non aveva neppure impugnato gli atti di gara.

A fronte di tali argomentazioni, il Consiglio di Stato ha inteso delimitare l'oggetto della sua pronuncia osservando che la giurisprudenza richiamata dall'appellante risultava nei fatti inconferente: i dinieghi opposti da Invitalia oggetto della sentenza impugnata, infatti, non si giustificavano né in ragione della sussistenza di segreti tecnici e commerciali, né in funzione della sussistenza di specifici dati riservati cui contrapporre il diritto di accesso ex art. 24 comma 7 l. 241/90 bensì sul rilievo della genericità dell'istanza e della supposta inesistenza di un interesse concreto e attuale oltre che dalla mancanza del nesso di strumentalità tra la documentazione ed il giudizio instaurato o instaurando.

3. I punti trattati dal Consiglio di Stato:

a) le peculiarità dell'accesso difensivo nel Codice dei contratti

In primo luogo, il Consiglio di Stato sottolineava a tale proposito che alla luce della giurisprudenza relativa all'interpretazione dell'art.53, comma 6 del d.lgs. n.50/2016, non risultava che l'appellante avesse proceduto ad interpellare i partecipanti alla procedura per verificare la sussistenza di eventuali segreti tecnici e commerciali; inoltre, nel caso di specie il diniego di

accesso riguardava *tutta* la documentazione di gara, comprensiva non solo delle offerte tecniche e delle giustificazioni prodotte nel procedimento di verifica dell'anomalia ma anche dei verbali di gara che avrebbero dovuto essere pubblicati, ragion per cui ai fini di decidere la controversia in parola, nessun considerazione poteva attribuirsi alla tematica del rapporto tra segreti tecnici e commerciali, per i quali vige l'esclusione dal diritto di accesso e di ogni forma di divulgazione ai sensi del comma 5, lett. a) dell'art.53 del d.lgs. n.50/2016 e accesso difensivo ex comma 6 dello stesso articolo³.

A tale proposito, occorre rilevare che l'accesso difensivo di cui all'art.53, comma 6 del Codice dei contratti presenta alcuni elementi peculiari che lo differenziano rispetto a quello cd. difensivo disciplinato in via generale dall'art.24, comma 7 della legge 241/1990: dal raffronto testuale delle disposizioni normative che disciplinano i due istituti emerge infatti che l'accesso documentale agli atti della pubblica amministrazione ex art.24, comma 7 della legge n.241/1990 può essere esercitato (e anzi «*deve essere garantito*») allorquando esso sia necessario «*per curare o per difendere i propri interessi giuridici*» mentre l'accesso previsto dall'art.53, comma 6 del d.lgs. 50/2016 è consentito al *solo* concorrente ed è finalizzato soltanto all'esigenza di difendere in giudizio i suoi interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (cioè solo alla procedura alla quale ha partecipato e non ad altre). Da questa particolare configurazione dell'accesso difensivo nell'ambito dei contratti pubblici derivano le osservazioni formulate in dottrina ⁴secondo cui mentre «*nelle ipotesi di esclusione di cui all'art. 53, comma 5, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016, l'accesso difensivo non potrebbe essere certamente esercitato dal non concorrente o dall'escluso; alla luce dell'art. 24, comma 6, L. n. 241/ 1990 (che concerne le ipotesi di sottrazione al diritto di accesso che possono essere contenute in apposito regolamento governativo da adottare ai sensi dell'art.17, comma 2 della Legge n.400/1988, peraltro mai emanato N.d.r.) , in relazione alle ipotesi di esclusione contemplate dall'art. 24, l'accesso potrebbe invece essere consentito anche al non concorrente (o all'escluso) e non soltanto in relazione alla procedura di affidamento del contratto*». La particolarità dell'accesso ex art.53, comma 6 del d.lgs. 50/2016 con riferimento alle parti dell'offerta segretate impone, inoltre che in

³ Si riporta il testo dei commi 5, lett. a) e 6 dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016:

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

...Omissis...

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

⁴ V.MIRRA, *op.cit.*, p.685.

questo caso occorre che «*colui che richiede l'accesso dia prova che quel documento può contenere elementi necessari a sostenere le proprie domande in un giudizio pendente, ovvero ancora da avviare; quindi, di fatto, se il richiedente mira a servirsi di quel documento in un giudizio che lui stesso intende avviare, allora dovrà dimostrare di essere titolare di legittimazione ed interesse ad agire*»⁵.

Il tratto di specialità che connota l'accesso cd. difensivo negli appalti pubblici rispetto alla disciplina generale contenuta nella legge 241/1990 è rilevata anche dalla giurisprudenza in materia che sottolinea che questo tipo di accesso può essere esercitato a prescindere dalla pendenza o dalla proponibilità di un ricorso giurisdizionale e prevale sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale anche quando il richiedente, pur avendo lasciato trascorrere il termine per l'azione di annullamento sia ancora nei termini per proporre l'azione di condanna al risarcimento dei danni⁶.

⁵ In questi termini, v. R. MICALIZZI, *L'accesso agli atti nelle procedure di evidenza pubblica*, in *Dir. econ.*, n.1/2022, p.291 e ss.

⁶ Sul rapporto tra accesso cd. difensivo e segreti tecnici e commerciali v. Tar Lazio, Sez I quater, 22 luglio 2021, n.8858 secondo cui «*salvo il caso in cui venga in considerazione la tutela della riservatezza o di dati personali delle persone fisiche, i segreti tecnici commerciali e il diritto d'accesso cd difensivo non sono affatto "valori di eguale dignità", atteso che il segreto tecnico-commerciale trova infatti tutela in fonti di rango primario (art. 53 comma 6 d.lgs. 50/2016 – art. 98 ss. Codice della proprietà industriale), mentre il diritto di accesso cd "difensivo" trova riconoscimento, oltre che in norme di legge primaria o (art. 22 ss. legge n. 241/90), direttamente nella Carta costituzionale (art. 24 Cost.) e trova pertanto una tutela costituzionalmente "rafforzata".*

In materia di appalti pubblici, infatti, è lo stesso legislatore che, nel bilanciare il diritto di accesso con quello alla riservatezza del segreto tecnico-commerciale, prevede, al comma 5, lettera a) dell'art. 53 d.lgs. 50/2016, l'esclusione e il divieto di ogni forma di divulgazione delle "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

*Ciò, nel caso generale in cui l'accesso sia richiesto, come è ben possibile ai sensi della disciplina dettata in materia, per interessi non "difensivi". Viceversa, qualora il richiedente vanti un interesse "difensivo", il successivo comma 6 del medesimo art. 53 – il quale trova, evidentemente, il suo fondamento nel diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost. – precisa che "In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa nel giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto"». E ancora in termini, Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2020, n.4220, annotata da R. STEFFENONI, *Accesso agli atti di gara: il nesso di strumentalità risolve il bilanciamento tra accesso difensivo ed esigenze di segretezza* in www.lamministrativista.it, 26 agosto 2020, che così recita:*

«(...) l'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di «difesa in giudizio»: previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, comma 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (cfr. Cons. Stato, V, 9 dicembre 2008, n. 6121). Tanto è ulteriormente confermato dalla lettera del citato art. 53, dove "in relazione



b) *il richiamo alla decisione dell'Adunanza plenaria n.19/2020*

Quanto al profilo della sentenza che si riferisce alla tematica del rapporto tra riservatezza ed accesso difensivo, ex art. 24 comma 7 della legge n.241/1990, e cioè al rapporto tra accesso necessario per la cura e difesa dei propri interessi giuridici e dati riservati normalmente esclusi dal diritto di accesso, tematica che, come si è visto, è stata anch'essa ritenuta irrilevante per la definizione del giudizio in esame, la pronuncia del Consiglio di Stato prende in considerazione e richiama espressamente la sentenza dell'Adunanza plenaria n.19/2020. Quest'ultima fa parte, insieme alle sentenze nn. 20 e 21 del 25 settembre 2020, di un trittico di decisioni relative alla possibilità di consentire l'accesso ai documenti reddituali, patrimoniali e finanziari conservati dall'Agenzia delle Entrate in pendenza del giudizio civile di separazione tra coniugi.

In effetti la questione sulla quale la Quarta sezione del Consiglio di Stato ha interpellato l'Adunanza plenaria solo indirettamente e di riflesso riguardava il possibile sorgere del conflitto tra l'interesse alla conoscenza degli atti a fondamento dell'accesso cd. difensivo e le esigenze di *privacy* in quanto nelle controversie che hanno dato origine alle citate sentenze si trattava di decidere se le norme processuali che disciplinano l'acquisizione documentale al processo civile (artt.210 e 213 c.p.c e, per quanto riguarda la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, il combinato disposto degli artt.492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* delle disp. att. al c.p.c.) fossero ostative⁷ all'applicazione della normativa sull'accesso agli atti di cui alla legge n.241/1990⁸.

all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a)“ è consentito l'accesso al concorrente non più “in vista” e “comunque” (come nel testo del previgente art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006), ma esclusivamente “ai fini” della difesa in giudizio dei propri interessi: così confermando, vieppiù, il rapporto di stretta funzionalità e strumentalità che deve sussistere tra la documentazione oggetto dell'istanza, contenente, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali, e le esigenze difensive, specificamente afferenti “alla procedura di affidamento del contratto”.

Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio».

⁷L'Agenzia delle Entrate appellandosi alle sentenze del Tar Campania che avevano ritenuto illegittimo il rifiuto opposto all'ostensione degli atti di cui trattasi aveva infatti sostenuto il carattere di specialità di tali disposizioni processuali rispetto alla disciplina dell'accesso documentale di cui alla legge n.241/1990.

⁸ La Quarta sezione del Consiglio di Stato con ordinanze nn.888, 889 e 890/2020, alla luce del contrasto giurisprudenziale esistente sul punto (v. oltre nel testo), rimetteva all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

«a) se i documenti reddituali (le dichiarazioni dei redditi e le certificazioni reddituali), patrimoniali (i contratti di locazione immobiliare a terzi) e finanziari (gli atti, i dati e le informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria e le comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari) siano qualificabili quali documenti e atti accessibili ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990; b) in caso positivo, quali siano i rapporti tra la disciplina generale riguardante l'accesso agli atti amministrativi ex lege n. 241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per

In punto di diritto si registravano, infatti, due orientamenti completamente divergenti che si erano formati all'interno della Quarta sezione del Consiglio di Stato: secondo una prima tesi⁹, il diritto di accesso ai documenti amministrativi disciplinato dagli artt.22 e ss. della legge 241/1990 è esercitabile, ove ne ricorrano i presupposti, sempre, indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle norme processualcivilistiche, in ragione dell'autonomia della posizione sostanziale tutelata dalla legge sul procedimento amministrativo rispetto alla posizione che l'interessato intende difendere con altro giudizio e della relativa azione posta dall'ordinamento a tutela del diritto di accesso perché diversamente opinando, ciò si tradurrebbe nell'illegittima limitazione del diritto di difesa delle parti, con conseguente lesione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale¹⁰:tra le due discipline, cioè, non sussisterebbe un rapporto di specialità, bensì di concorrenza(anche cumulativa) e di complementarità.

La tesi opposta, invece, propugnata dalla sentenza n.3461 del 2017, riteneva che occorresse risolvere il problema se, allorché l'ordinamento giuridico preveda particolari procedimenti e modalità di acquisizione di documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, il diritto di accesso sia esercitabile (o meno) indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria

l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo (secondo le previsioni generali, ai sensi degli artt. 210 e 213 del cod. proc. civ.; per la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 492-bis del cod. proc. civ. e 155-sexies delle disp. att. del cod. proc. civ.); c) in particolare, se il diritto di accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241/1990 sia esercitabile indipendentemente dalle forme di acquisizione probatoria previste dalle menzionate norme processuali civilistiche o anche – eventualmente – concorrendo con le stesse; d) ovvero se – all'opposto – la previsione da parte dell'ordinamento di determinati metodi di acquisizione, in funzione probatoria di documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, escluda o precluda l'azionabilità del rimedio dell'accesso ai medesimi secondo la disciplina generale di cui alla legge n. 241 del 1990; e) nell'ipotesi in cui si riconosca l'accessibilità agli atti detenuti dall'Agenzia delle Entrate (dichiarazioni dei redditi, certificazioni reddituali, contratti di locazione immobiliare a terzi, comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari ed atti, dati e informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria), in quali modalità va consentito l'accesso e, cioè, se nella forma della sola visione, ovvero anche in quella dell'estrazione della copia, ovvero ancora per via telematica».

Sulle questioni sulle quali è stata interpellata, l'Adunanza plenaria si è così espressa:

- i) Le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti (d)agli uffici dell'amministrazione finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990 ;
- (ii) L'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ. ;
- (iii) L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. e 492-bis cod. proc. civ., nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia ;
- (iv) L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato mediante estrazione di copia . ¹⁷SEP

⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 29 luglio 2019, n.5347; Cons.Stato, Sez. IV, 27 agosto 2019, n.5910; Cons.Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n.2472.

¹⁰ In questo senso v. Cons. Stato, Sez.VI, 15 novembre 2018, n.6444.



previste dalle norme processuali, ovvero anche in modo concorrente e complementare con queste ultime e perveniva alla conclusione della prevalenza della disciplina codicistica che garantisce il diritto alla tutela giurisdizionale della parte che intende avvalersi dei documenti amministrativi nel rispetto del diritto di difesa della controparte attraverso la sottoposizione alla valutazione del giudice dell'esibizione dei documenti ordinata al terzo (artt.211, 213, 492-bis c.p.c): nelle fattispecie civilistiche e in particolare nelle controversie in materia di diritto di famiglia, si sosteneva, l'accesso documentale, non ha □ «rilevante finalità di pubblico interesse»□, né □ è volto a □ «favorire la partecipazione□» del privato all'□attività dell'amministrazione, né ad «□assicurarne l'imparzialità e la trasparenza□» (art. 22, comma 2, l. n. 241/1990); anzi in queste fattispecie, «l'accesso procedimentale, lungi dall'essere volto alla tutela (procedimentale e/o processuale) del privato nei confronti della pubblica amministrazione, tende ad alterare la parità processuale delle parti in un giudizio civile, garantita (anche) dalla previa valutazione del giudice»¹¹.

Ebbene l'Adunanza plenaria, aderendo alla prima delle due tesi sostenute dalla Quarta sezione, conferma la lettura secondo la quale il rapporto tra l'accesso documentale difensivo e gli istituti processualcivilistici che attengono all'esibizione istruttoria di documenti anche amministrativi non può che essere un rapporto di complementarietà tra forme di tutela che operano su piani diversi¹².

Per giungere a tale conclusione, il supremo consesso amministrativo ricostruisce dettagliatamente l'istituto disciplinato dall'art.24, comma 7 della legge 241/1990 attraverso un percorso logico-argomentativo al quale la sentenza in commento si richiama testualmente.

Partendo, infatti, dalla definizione contenuta nell'art.22, comma 2, della legge n.241/1990 che individua la natura giuridica dell'accesso come principio regolatore dell'attività amministrativa con finalità di pubblico interesse in relazione alla funzione di favorire la partecipazione e

¹¹ Cons. Stato, Sez.IV, 13 luglio 2017, n.3461.

¹² Afferma l'Adunanza plenaria con la pronuncia n.19/2020 che l'accesso difensivo ha una «duplice natura giuridica, sostanziale e processuale»: la prima dipende «dall'□essere, l'accesso, una situazione strumentale per la tutela di una situazione giuridica finale (Adunanza plenaria n. 6/2006); la natura processuale consiste nel fatto che il legislatore ha voluto fornire di □azione□ la □pretesa□ di conoscenza, rendendo effettivo e, a sua volta, giuridicamente tutelabile e giustiziabile l'□eventuale illegittimo diniego o silenzio (v. l'art. 116 cod. proc. amm.); gli strumenti di acquisizione probatoria, viceversa, «si muovono esclusivamente sul piano e all'□interno del processo; sono assoggettati alla prudente valutazione del giudice; eventuali rigetti non sono autonomamente impugnabili o ricorribili, potendo gli eventuali vizi dell'□istruttoria rilevare come motivi di impugnazione della sentenza». Sul punto v. F. MANGANARO, op.cit., p.170 secondo cui «con questa statuizione la Plenaria prende posizione circa la specialità del processo amministrativo rispetto a quello regolato dal codice di procedura civile, poiché l'ostensione dell'atto trova una propria specifica disciplina sostanziale e processuale che non richiede ulteriori integrazioni, senza dover perciò ricorrere al rinvio esterno previsto dall'art. 39 del Codice del processo amministrativo».

La sentenza è commentata da M.R. CALDERARO, *Diritto d'accesso e acquisizione probatoria processuale* in <http://www.giustiziainsieme.it/> 25 novembre 2020



assicurare l'imparzialità e la trasparenza, l'Adunanza rileva che l'accesso difensivo ex art.24, comma 7 costituisce una fattispecie autonoma che opera quale eccezione al catalogo di esclusioni dal diritto di accesso previste ai precedenti commi da 1 a 6 dello stesso articolo: all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, cioè, convivono due fattispecie particolari, l'una, *l'accesso partecipativo*, e l'altra, *l'accesso cd. difensivo*, ciascuna "dominata" da logiche differenti che si traducono in regole procedurali altrettanto differenziate.

«La logica partecipativa è □ imperniata sul principio generale della massima trasparenza possibile, con il solo limite rappresentato dalle esclusioni elencate nei commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 24 della medesima legge n. 241.

La logica difensiva è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela e si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere □ necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi».

L'accesso difensivo è quindi una «*fattispecie ostensiva autonoma*» dotata di una «*vis espansiva*» che supera le ordinarie preclusioni previste per il diritto di accesso "ordinario" ma è vincolata alla dimostrazione della 'necessità' della conoscenza dell'atto o la sua 'stretta indispensabilità' nei casi in cui l'accesso riguardi dati sensibili o giudiziari, oltre alla corrispondenza e al collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza¹³.

Se l'accesso, in specie quello difensivo, si configura come diritto autonomo ne consegue che ai fini del riconoscimento della situazione legittimante non è richiesto il requisito dell'instaurazione o l'attuale pendenza di un giudizio: in assenza di una previsione normativa che lo stabilisca, infatti, la pendenza di una lite può costituire un elemento utile al fine di valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse che giustifica l'accesso ma non ne costituisce una precondizione.

Rileva il supremo consesso amministrativo che nell'accesso difensivo il legislatore ha individuato quali canoni ermeneutici, quelli dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità ancorando il

¹³ In sintesi, le disposizioni normative a disciplina dell'accesso difensivo secondo l'Adunanza plenaria si ispirano ai seguenti principi:

«a) esigere la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (v. art. 24, comma 7, legge n. 241/1990 e s.m.i.);

b) ricomprendere, tra i destinatari, tutti i soggetti privati, ivi compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, senza alcuna ulteriore esclusione (art. 22, comma 1, lettera d), con formula replicata dall'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 184/2006);

c) circoscrivere le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che □ sole □ garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale».

giudizio sulla legittimità dell'interesse ai due parametri della "corrispondenza" e del "collegamento". Nel caso dei procedimenti in materia di famiglia si è di fronte a «*situazioni soggettive predeterminate e costruite secondo il modello dell'□ astratto paradigma legale, sotto il quale vengono sussunte le singole fattispecie concrete*» e dunque al realizzarsi di tali fattispecie, l'unico interesse legittimante all'accesso difensivo sarà quello che corrisponderà in modo diretto, concreto ed attuale alla cura o anche difesa in giudizio di tali predeterminate fattispecie, in chiave strettamente difensiva.

Se, come si è visto, la "corrispondenza" circoscrive l'interesse all'accesso agli atti in senso «*corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata*», il collegamento impone che la situazione legittimante l'accesso difensivo sia appunto «*collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*» in maniera da evidenziare il nesso di strumentalità tra la situazione soggettiva finale e il documento di cui viene richiesta l'ostensione e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite. In conclusione, in questi tipi di procedimento l'accesso cd. difensivo esplica tutta la sua efficacia consentendo di pervenire, suo tramite, alla conoscenza dei documenti necessari, comprensivi di quelli attinenti alla situazione fiscale, reddituale, patrimoniale e finanziaria di uno dei coniugi, allo scopo di tutelare i propri interessi.

c) il rapporto tra accesso difensivo e dati riservati e le precisazioni della successiva sentenza AP n.4/2021

Nel percorso argomentativo che, come si è visto in precedenza, conduce l'Adunanza plenaria alla conclusione della piena esperibilità dell'accesso difensivo indipendentemente ed in forma complementare rispetto agli strumenti di esibizione istruttoria previsti dagli artt. 210, 211 e 213 c.p.c. e ai poteri istruttori di acquisizione documentale attribuiti al giudice ordinario in materia di famiglia, trova posto anche la problematica che attiene al bilanciamento tra il diritto all'accesso difensivo dell'istante e la tutela della riservatezza (nella specie, cd. finanziaria ed economica) del controinteressato, problematica che, alla luce della previsione dell'art.24, comma 7 della legge 241/1990, si risolve tendenzialmente in favore delle esigenze di tutela cui è preposto l'accesso difensivo.

Rileva, infatti, il collegio che «*ai fini del bilanciamento tra diritto di accesso difensivo (preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato) e tutela della riservatezza (nella specie, cd. finanziaria ed economica), secondo la previsione dell'□ art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'□ indispensabilità e della parità di rango*



(riferito ai dati cd. supersensibili), ma il criterio generale della «necessità» ai fini della «cura» e della «difesa» di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali dell'«accesso difensivo»¹⁴.

¹⁴ Per una migliore comprensione dell'enunciato si riporta il testo dell'art.24, comma 7 della legge 241/1990:

«7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale». La norma prevede, cioè, un grado di protezione dei dati riservati diverso a seconda che si tratti di dati personali (comuni), sensibili e supersensibili: nel primo caso si richiede che la loro conoscenza sia necessaria per la tutela di interessi giuridicamente rilevanti mentre per quanto riguarda i dati sensibili, la conoscenza deve essere «strettamente indispensabile»; infine, per l'accessibilità ai dati supersensibili, occorre che la posizione giuridica da tutelare abbia un rilievo di rango pari ad essi oppure si riferisca ad un diritto della personalità o ad altro diritto inviolabile o libertà fondamentale, come previsto dall'art.60 del d.lgs. n.196/2003(Codice della privacy).

Si ricorda che i dati sensibili sono definiti dall'art.9 del regolamento n. 2016/679/UE del Parlamento e del Consiglio come i dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché i dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, mentre sono dati «giudiziari» quelli di cui al successivo art. 10 e, cioè, i dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza. Si definiscono, invece, dati cd. supersensibili quelli di cui all'art. 60 del d. lgs. n. 196/2003 (cioè i dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona). Sul punto v. F. FRANCIOSI, *op.cit.*, pp.19 e ss. che evidenzia, parlando dei limiti al diritto di accesso procedimentale rispetto a quelli previsti dall'art.5 bis, commi 1 e 2 del d.lgs. n.33/2013 per l'accesso civico cd. generalizzato, come l'ipotesi dell'accesso cd. defensionale di cui al comma 7 dell'art.24 della legge 241/1990 debba considerarsi «sovraordinata» in rapporto alle possibili limitazioni di cui al comma 6 dello stesso articolo che demanda all'adozione di un apposito regolamento governativo l'individuazione dei casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi e, per quanto qui interessa, prevede alla lettera «d) quando i documenti riguardano la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono».

In particolare, afferma l'A. che il conflitto tra interesse alla conoscenza ed esigenze di riservatezza è risolto dal legislatore in modo diverso a seconda che si tratti di accesso civico o invece di accesso procedimentale: nel primo caso l'art.5 bis, secondo comma del d.lgs. n.33/2013 «a norma del quale l'accesso deve essere «rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela ... dei seguenti interessi privati: ... protezione dei dati personali ...; ... libertà e la segretezza della corrispondenza; ... interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali» (...). Investe l'amministrazione del bilanciamento degli interessi nel concreto del caso di specie al fine di valutare se vi sia o meno un pregiudizio; nell'accesso procedimentale, invece, «se anche sono in discussione documenti che riguardano «la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono» (ipotesi considerate dal comma 6 del medesimo art. 24), «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici» Nella generalità dei casi, il giudizio di prevalenza è dunque effettuato direttamente dalla norma di legge a favore dell'interesse alla conoscenza, senza lasciare alcun potere di bilanciamento all'amministrazione. Un problema di bilanciamento nel caso concreto si pone solo nell'ipotesi degli interessi c.d. supersensibili (dati genetici relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale), oggetto di separata considerazione nell'ultimo capoverso del citato settimo comma, il quale dispone che in tal caso «l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». Secondo l'A., inoltre, l'introduzione del nuovo accesso civico cd. generalizzato ha assorbito quei profili di curiosità «civica» legittimata dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento riconducibili all'accesso ex legge 241/1990: «(l) in sostanza, l'accesso

Sulla questione dell'accessibilità a fini difensivi ai dati riservati di natura economica finanziaria in possesso dell'Agenzia delle Entrate si è nuovamente pronunciata l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, interpellata dalla Quarta sezione, con la sentenza 18 marzo 2021 n.4, ha puntualizzato l'ambito dei poteri valutativi attribuito alla PA ed eventualmente al giudice amministrativo in sede di disamina delle istanze di accesso difensivo sottoposte alla sua cognizione¹⁵.

L'autorità rimettente rilevava, infatti, come l'Adunanza plenaria, pur essendosi espressa sulla tutelabilità della conoscenza dei dati da apprezzarsi alla luce della necessità, della corrispondenza e del collegamento tra il documento di cui si chiede l'ostensione e la situazione che si assume protetta, stabilendo, in ragione della natura strumentale dell'accesso difensivo, che la necessità del documento vada valutata verificando se esso sia effettivamente il necessario tramite per acquisire la prova, e ciò mediante un "giudizio prognostico ex ante, non si era pronunciata su questo particolare aspetto del problema sul quale si registravano due indirizzi giurisprudenziali confliggenti.

gergalmente detto anche "defensionale" non è più soltanto una tra le possibili diverse ipotesi in cui può aver luogo l'accesso ai sensi della legge 241, ma è l'ipotesi tipica disciplinata dalla legge 241».

Non sembra, però, che questa tesi sia stata seguita dall'Adunanza plenaria che, come si è visto, ritiene che l'accesso cd. partecipativo conviva tuttora con l'accesso cd. difensivo all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso.

Per quanto attiene al complesso rapporto tra il diritto alla conoscenza e la tutela dei dati personali v. F. LORE', *La trasparenza amministrativa, tra conoscibilità e tutela dei dati personali*, in *Federalismi.it*, 10 febbraio 2021; per confronto tra l'accesso procedimentale e l'accesso civico, v. S. SEGIO, *Il diritto d'accesso procedimentale e il diritto d'accesso civico tra differenze e analogie. In particolare, la legittimazione ad esercitare il diritto di accesso*, in *Federalismi.it*, 24 giugno 2020; A. SIMONATI, *Gli accessi "a contenuto generale": spunti per un'analisi in parallelo*, in *Dir. econ.*, n.1/2022, pp.201 e ss.

¹⁵ La controversia che ha dato origine alla rimessione all'Adunanza plenaria è derivata dal diniego opposto dall'Agenzia delle Entrate avverso la richiesta di una società commerciale operante nel settore della gioielleria di prendere visione ed estrarre copia di alcuni specifici documenti fiscali relativi ad un'operazione di cessione di quote societarie con la finalità di produrli nel procedimento pendente davanti al Tribunale di Milano.

In tale procedimento la società istante, interessata da tempo ad acquistare l'immobile nel quale esercitava la sua attività, aveva contestato alla società proprietaria dell'immobile di avere effettuato un'operazione di cessione di quote societarie simulando la reale intenzione di realizzare un contratto di compravendita in violazione del diritto di prelazione e di riscatto ad essa spettante come conduttore dell'immobile ai sensi dell'art.38 della legge n.392/1978 e s.m. e i. Il diniego dell'Agenzia delle Entrate è stato quindi impugnato dinanzi al Tar competente che, pur dando atto di un contrasto giurisprudenziale sussistente sul punto, aderiva alla tesi secondo la quale il diritto di accesso agli atti è configurabile anche in pendenza di una causa civile nella quale si intende produrre la richiesta documentazione. Affermava il Tar (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 533) che «*non compete all'Amministrazione effettuare una valutazione circa l'effettiva utilità degli atti richiesti, dovendo quest'ultima limitarsi a verificare l'attinenza tra tale documentazione e l'interesse che l'istanza intende tutelare. Allo stesso modo, il giudice amministrativo non può spingersi, in sede processuale, a verificare in che modo la parte intenda utilizzare nel processo civile la documentazione oggetto dell'istanza di accesso, rimanendo tale profilo riservato alla valutazione del titolare dell'interesse, unico soggetto competente a definire le proprie strategie di difesa*». La decisione del Tar è stata oggetto di appello sia da parte dell'Agenzia delle Entrate che da parte dei controinteressati ed è quindi stata esaminata dal Consiglio di Stato che, con ordinanza 7514 del 30 novembre 2020, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione di diritto poi risolta con la sentenza n.4/2021.



Un primo indirizzo¹⁶ riteneva sufficiente, ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso, che la documentazione richiesta avesse "attinenza" con il processo, non potendo la P.A. disquisire sulla fondatezza o meno delle pretese azionate, sulla concreta utilità del documento richiesto rispetto alle difese addotte ovvero sulla validità della strategia processuale prescelta; un secondo indirizzo giurisprudenziale¹⁷ propendeva invece per una valutazione più rigorosa imponendo al richiedente di dimostrare – eccezion fatta per le sole «*ipotesi di connessione evidente tra diritto all'accesso ed esercizio proficuo del diritto di difesa*» – la «*specificità connessione con gli atti di cui ipotizza la rilevanza ai fini difensivi e ciò anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla «conoscenza» necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*».

Ebbene per decidere sul punto controverso l'Adunanza plenaria ha richiamato la peculiarità dell'istituto dell'accesso difensivo come delineata nelle sue precedenti pronunzie nn.19, 20 e 21 del 2021 ricordando i due parametri della *corrispondenza* e del *collegamento*, parametri cui il legislatore ha ancorato il giudizio sull'interesse diretto, concreto e attuale che legittima l'accesso. In particolare, il parametro del collegamento impone che, ai sensi dell'art.25, comma 2 della legge 241/1990, ai sensi del quale «*la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*», «*le finalità dell'accesso stesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.)*, così da permettere all'amministrazione detentrici del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta *sub specie di astratta pertinenza con la situazione "finale" controversa*», dovendosi escludere «*che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa l'appena descritto nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa*».

E' dunque solo attraverso la motivazione dell'istanza di accesso che la PA potrà verificare l'effettiva esistenza del collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta, tenendo conto che l'operazione di bilanciamento tra interesse difensivo da un lato e la tutela della riservatezza dall'altro nel caso di dati personali di natura economico-finanziaria va effettuata alla

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2018, n. 6444; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2014 n. 469.

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472; Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1568.

luce del criterio generale della *«necessità ai fini della “cura” e della “difesa” di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza»*.

Non spetta, invece, alla pubblica amministrazione né al giudice dell'accesso ex art.116 c.p.a. svolgere ulteriori valutazioni sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso in quanto, diversamente opinando, si reintrodurrebbero nella disciplina dell'accesso difensivo *«limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto adeguati criteri per valutare la situazione legittimante l'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza»*.

L'adunanza plenaria riconosce a questa lettura interpretativa una sola eccezione: se l'istanza di accesso sia motivata *“unicamente”* con riferimento ad esigenze difensive di un particolare giudizio e il giudice di quella causa si sia già pronunciato sull'ammissibilità o, addirittura, sulla rilevanza del documento nel giudizio già instaurato, sia la pubblica amministrazione che, in sede contenziosa ai sensi dell'art. 116 c.p.a., il giudice amministrativo dovranno tenere conto di questa valutazione, sul piano motivazionale, *«ma sempre e solo per valutare la concretezza e l'attualità del bisogno di conoscenza a fini difensivi, nei termini si è detto, e non già per sostituirsi ex ante al giudice competente nella inammissibile e impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva, alla quale la richiesta di accesso sia preordinata»¹⁸*.

4.La decisione conclusiva

Il Consiglio di Stato per decidere la controversia sottoposta al suo esame si basa sull'affermazione centrale per cui l'accesso documentale agli atti di gara va inquadrato nel generale istituto dell'accesso amministrativo disciplinato dall'art.22 e ss. della legge 241/1990, al quale rinvia l'art.53, comma 1 del codice dei contratti per quanto espressamente non derogato dalla normativa contenuta nello stesso codice.

Applicando gli insegnamenti dell'Adunanza plenaria espressi con le sentenze n.19/2020 e 4/2021 di cui sono riportati ampi stralci, il collegio giunge alla conclusione del rigetto dell'appello

¹⁸ Sulla sentenza dell'Adunanza plenaria n.4/2021 v. C. PAGLIAROLI, *Il potere valutativo della P.A. in materia di accesso difensivo: la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2021* in *Dir.econ.*, n.1/2022, pp. 219 e ss.; esamina la questione decisa con la citata sentenza sotto il profilo dell'accesso ai dati dell'Anagrafe tributaria anche L. LAMBERTI, *L'accesso difensivo alle informazioni tributarie e il difficile equilibrio rispetto alla tutela della privacy*, 27 maggio 2022 in <https://www.rivistadirittotributario.it/>

confermando la sentenza di primo grado ma correggendo parzialmente il tiro di quest'ultima in punto di diritto.

Ritiene il collegio, infatti, che nel caso di specie non di accesso difensivo si tratti bensì di accesso cd. partecipativo e ciò in quanto in materia di appalti pubblici, fatte salve le deroghe espressamente considerate dall'art.53 del d.lgs. n.50/2016, fra cui quella relativa ai segreti tecnici e commerciali *«non vengono in rilievo profili di riservatezza, ma semmai profili di trasparenza evincibili dall'obbligo di pubblicazione degli atti di gara da parte della stazione appaltante (...) nonché dalla stessa possibilità di esperire nella materia de qua l'accesso civico generalizzato»*.

In conclusione e a prescindere dalla circostanza che l'istanza oggetto del diniego di ostensione ha fatto riferimento all'accesso documentale ex legge n.241/1990, ragion per cui non viene in considerazione l'istituto dell'accesso civico generalizzato né tantomeno la questione della compatibilità di tale forma di accesso in relazione ai limiti assoluti e/o relativi previsti dall'art.5-bis del d.lgs. n.33/2013, la decisione evidenzia che nel caso trattato la situazione legittimante l'accesso documentale ai sensi dell'art.53, comma 1 del d.lgs. n.50/2013 e 22 della legge n.241/1990 è costituita dal fatto che *«l'istante ha richiesto l'accesso agli atti di gara inerenti la procedura ad evidenza pubblica cui ha preso parte e la cui legittimità intende scrutinare, anche valutando la corretta valutazione delle ammissioni degli altri concorrenti – da intendersi riferita a quelli che lo precedono in graduatoria - e la corretta valutazione delle loro offerte, per cui sussiste senza dubbio un interesse attuale e concreto alla conoscenza degli atti di gara»*.

Inoltre, puntualizza il collegio, la sussistenza della legittimazione all'accesso non è inficiata neppure dalla circostanza che il richiedente si sia collocato all'ottavo posto in graduatoria *«in quanto questa circostanza non potrebbe rilevare neppure ove venga in rilievo l'accesso a documenti riservati ex art. 24 comma 7 l. 241/90»*: verificandosi questa ipotesi, fermo restando il più grave onere di allegazione gravante sul richiedente, l'amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio sull'accesso, così come statuito nella decisione n.4/2020 dell'Adunanza plenaria, *«non devono svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso»*.

Per ciò che attiene poi al rilievo dell'appellante che evidenziava la mancata impugnazione degli atti di gara da parte del richiedente, il Consiglio di Stato ricorda che il termine per proporre ricorso ex art.120 c.p.a *«non può dirsi ancora decorso»* in quanto, alla luce degli insegnamenti

dell'Adunanza plenaria (sent.n.12/2020), detto termine deve farsi decorrere dalla pubblicazione degli atti di gara ovvero in mancanza di pubblicazione, come era avvenuto nel caso di specie, dall'esitazione dell'istanza di accesso agli atti qualora il vizio fatto valere poteva evincersi solo dalla conoscenza degli atti di gara non oggetto di pubblicazione e conosciuto solo dopo l'accesso¹⁹.

Peraltro, il riconoscimento della natura strumentale del diritto di accesso così come riconosciuto dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n.6/2006, non vale a limitare l'accesso agli atti di gara nel caso in cui sia pendente una controversia giurisdizionale ovvero qualora vi sia ancora la possibilità di attivarne una: anche sotto questo profilo, cioè, sussiste la legittimazione del richiedente dato che *«la posizione “conoscitiva” azionata dalla ricorrente in prime cure è funzionale alla tutela di altra, diversa, situazione giuridica, afferente al diritto di impresa (art. 41 Cost.) lato sensu inteso, oltre che alla legittima aspirazione di verificare –come del resto, expressis verbis rappresentato nella istanza di accesso- la correttezza dell'agere dei pubblici*

¹⁹ La questione che ha dato luogo alla pronuncia dell'Adunanza plenaria è derivata dal mancato aggiornamento della disposizione dell'art.120 c.p.a. alle norme del nuovo Codice dei contratti approvato con d.lgs. n.50/2016. Il comma 5 del citato art.120, infatti, prevede che il termine di trenta giorni per proporre il ricorso e gli eventuali motivi aggiunti avverso gli atti di affidamento degli atti di gara nei pubblici appalti decorra dalla ricezione della comunicazione di cui all'art.79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, articolo, quest'ultimo da tempo abrogato proprio ad opera del d.lgs. n.50/2016. L'Adunanza plenaria che è stata interpellata dalla Quinta sezione del Consiglio di Stato (ordinanza n.2215 del 2020) in merito alle soluzioni che erano state prospettate dai giudici di merito per porre rimedio alla "svista" del legislatore, ha statuito con la sentenza del 2 luglio 2020, n.12 i seguenti principi di diritto:

“a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;
b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;
c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando 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;
d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;
e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati”^{[1] [2] [3] [4] [5] [6] [7] [8] [9] [10] [11] [12] [13] [14] [15] [16] [17] [18] [19] [20] [21] [22] [23] [24] [25] [26] [27] [28] [29] [30] [31] [32] [33] [34] [35] [36] [37] [38] [39] [40] [41] [42] [43] [44] [45] [46] [47] [48] [49] [50] [51] [52] [53] [54] [55] [56] [57] [58] [59] [60] [61] [62] [63] [64] [65] [66] [67] [68] [69] [70] [71] [72] [73] [74] [75] [76] [77] [78] [79] [80] [81] [82] [83] [84] [85] [86] [87] [88] [89] [90] [91] [92] [93] [94] [95] [96] [97] [98] [99] [100]}

Da ultimo, si ricorda che il sistema così delineato dal supremo consesso amministrativo per determinare “la data oggettivamente riscontrabile” dalla quale far decorrere i termini per l'impugnativa giurisdizionale è stato confermato con sentenza della Corte Costituzionale n.204 del 28 ottobre 2021 che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.120, comma 5 sollevata dal Tar Puglia, Sez. di Lecce, con ordinanza n.107 del 2 marzo 2020, ha avallato in pieno *«l'interpretazione adeguatrice»* della norma proposta dall'Adunanza plenaria con la citata sentenza n.12/2020.

Critica la conclusione cui è giunta la Corte Costituzionale con la citata sentenza n.204/2021 M.A. SANDULLI, *Per la Corte Costituzionale non c'è incertezza sui termini per ricorrere nel rito appalti: la sentenza n.204 del 2021 e il creazionismo normativo dell'Adunanza plenaria*, in *Federalismi.it*, n.26/2021, pp. 168-187 che ricostruisce la complessa vicenda con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

poteri (artt. 3, 24 e 97 Cost.) in una procedura in cui comunque la società ha ricorrente ha preso parte, dispiegando la propria capacità di agire nell'ordinamento (art. 2 Cost.)».

Da ultimo il giudice d'appello conferma la statuizione del Tar Lazio che ha imposto alla stazione appaltante di consentire l'accesso della ricorrente agli atti della procedura di affidamento nel termine di trenta giorni, previa instaurazione del necessario contraddittorio con i controinteressati al fine di valutare la presenza di ragioni ostative all'accesso a dati specifici coperti da segreti tecnici o commerciali ai sensi dell'art.53, comma 6 del d.lgs. n.50/2016 in relazione a specifici punti dell'offerta tecnica o a giustificazioni rese nel procedimento di anomalia dell'offerta²⁰.

La sentenza in esame, dunque, inserisce ad una ad una come tessere di un costruendo mosaico, nell'iter argomentativo seguito per giungere alla decisione del rigetto dell'appello, le varie sentenze dell'Adunanza plenaria che si sono susseguite in materia di diritto di accesso e che hanno contribuito a delineare i caratteri fondamentali della normativa ed a chiarire i dubbi dottrinali e giurisprudenziali che sono emersi nell'applicazione pratica delle diverse forme di accesso previste nel nostro ordinamento.

In particolare, nella coesistenza tra tali diverse forme di accesso, non vi è dubbio come appaia tuttora complesso e articolato il rapporto tra l'accesso civico cd. generalizzato, introdotto dal d.lgs. n.76/2016 modificativo del d.lgs. 33/2013, e l'accesso documentale di cui alla legge n.241/1990 con il rischio, paventato dai commentatori sul punto, che l'accesso documentale si riduca ad una sorta di *ultima ratio* e sia valutato in termini di ammissibilità dalle amministrazioni e dai giudici con particolare rigore²¹.

²⁰ Sul punto v. F. FRANCIOSI, op.cit., pp.4-5 il quale critica la prassi di alcuni giudici amministrativi di primo grado che nell'accogliere il ricorso nel caso di accesso procedimentale, rinunciano a ordinare l'esibizione o il rilascio di copia degli atti, limitandosi a ordinare all'amministrazione «di riesaminare l'istanza d'accesso alla luce delle esigenze difensive prospettate dal richiedente e delle esigenze di riservatezza prospettate dal controinteressato».Altrettanto criticabile è, secondo l'A., la prassi amministrativa «di condizionare il rilascio di documenti detenuti dalla pubblica amministrazione alla previa rappresentazione da parte dei soggetti "controinteressati" della eventuale sussistenza di ragioni di riservatezza ostative all'ostensione; prassi che assoggetta immotivatamente l'acquisizione della disponibilità, della documentazione necessaria per provare la fondatezza dell'azione e decidere conseguentemente se agire o meno in giudizio, ad una tempistica spesso incompatibile con i termini di decadenza per l'esercizio dell'azione». In queste prassi che hanno preso piede l'A. vede il rischio di "depotenziamento" dell'accesso procedimentale «il cui soddisfacimento viene fatto dipendere dall'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione cui è rivolta l'istanza, rinunciando a vedere se il bilanciamento con altri interessi sia stato già effettuato a livello normativo a favore dell'interesse alla conoscenza».

²¹ Così A. SIMONATI, op.cit.,p.215. L'A. segnala che una situazione simile apparirebbe quanto mai paradossale «dal momento che la funzione primaria dell'accesso ai documenti è quella di tutelare l'interesse a curare e difendere il proprio patrimonio giuridico, e dunque posizioni individuali costituzionalmente radicate e potenzialmente altrettanto (se non più) forti di quelle che si vogliono proteggere con l'accesso generalizzato».

Sulla distinzione tra accesso civico generalizzato e accesso documentale si vedano le linee guida dell'Anac adottate d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali ed approvate con delibera n.1309 del 28 dicembre 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»^[1] che così si esprimono: «tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per

Si tratta di un rischio più che probabile laddove l'ulteriore distinzione introdotta dall'Adunanza plenaria tra accesso partecipativo e accesso cd. difensivo ex art.24, comma 7 della legge n.241/1990, richiede per quest'ultimo a carico della parte istante un onere aggravato sul piano probatorio *«nel senso che grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi»*, onere che si traduce nella necessità di una motivazione a supporto dell'istanza di ostensione particolarmente approfondita e puntuale così da consentire all'amministrazione detentrica del documento di effettuare un *«rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare»*²². In sostanza, l'accesso ai documenti da produrre in giudizio va in ogni caso consentito non spettando alla pubblica amministrazione alcuna valutazione sulla fondatezza o sull'ammissibilità della domanda o della censura proposta o che si intende proporre poiché una simile valutazione compete unicamente al giudice investito della questione *«salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990»*.

Diversamente, l'accesso documentale agli atti delle procedure ad evidenza pubblica si atteggia come "accesso partecipativo": in questa materia, cioè, l'accesso, per il tramite della pubblicazione degli atti di gara normativamente previsto a carico della stazione appaltante²³, consente al

calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso 241 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti) ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni».

Per un'analisi della giurisprudenza in materia v. V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 23 maggio 2018.

²² Afferma G. DELLE CAVE, *op.cit.*, che, stante il tenore letterale dell'art.24, comma 7 della legge n.241/1990 *«il "vaglio" su tale nesso potrebbe essere addirittura del tutto escluso, dal momento che (...) il giudizio di prevalenza è effettuato direttamente dalla legge a favore dell'interesse alla conoscenza, senza lasciare margini, di fatto, ad alcun intervento valutativo da parte della P.A. (nemmeno sulla necessaria strumentalità della conoscenza per la difesa giudiziale della situazione soggettiva), salvo i casi degli interessi c.d. "super sensibili" (i.e. dati relativi alla salute, alla vita o all'orientamento sessuale)»*.

²³ Oltre alla disposizione generale di cui all'art.1, commi 15 e 16 della legge n.190/2012 (cd. legge "anticorruzione") che, a fini di trasparenza, stabilisce l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare nei siti web istituzionali le informazioni relative ai procedimenti amministrativi e, segnatamente per quanto qui interessa, quelle che concernono i procedimenti di scelta del contraente, la norma fondamentale cui fare riferimento è l'art.29 del d.lgs. n.50/2016 intitolato *"Principi in materia di trasparenza"* recentemente modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n.77 convertito con la legge 29 luglio 2021, n.108.

concorrente in quanto tale di conoscere gli atti stessi al fine di valutarne la legittimità per tutelare la propria posizione in esito all'affidamento del contratto²⁴.

Come affermato dal Consiglio di Stato, dunque, l'accesso documentale di cui agli artt.53, comma 1 del d.lgs. n.50/2016 e 22 della legge n. 241/1990, fatte salve le deroghe espressamente indicate dal citato art.53, e in particolare quella concernente i segreti tecnici e commerciali²⁵, è espressione del principio di trasparenza cui sono improntati i procedimenti in parola e questa considerazione di fondo è sufficiente al giudice amministrativo per sostenere l'indubbia sussistenza di una situazione legittimante l'accesso a prescindere dalla collocazione dell'istante in graduatoria.

Sotto questo profilo appare particolarmente significativa l'affermazione secondo la quale, richiamandosi alla natura strumentale del diritto di accesso ex legge n.241/1990 così come delineata nella nota sentenza dell'Adunanza plenaria n.6/2006, nel campo dei contratti pubblici il diritto di accesso è funzionale all'esplicazione del diritto di impresa costituzionalmente tutelato

Il citato art.29 prevede infatti al comma 1 che «*Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, (...), alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente (...)*». Lo stesso comma 1 dispone la pubblicazione sul sito dei resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione e precisa altresì che «*Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente*» e che «*(...) i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente*»

²⁴ Il Consiglio di Stato (Par.9.4.1 della sentenza) richiama in proposito il pronunciamento dell'Adunanza plenaria n.10/2020 che ritiene l'accesso civico generalizzato ex d.lgs. n.33/2013 applicabile anche agli atti della procedura di gara e, segnatamente, agli atti privatistici di esecuzione dei contratti pubblici nell'ottica di verificare, alla luce dei principi di trasparenza e di concorrenza ai quali si ispirano le procedure contrattuali, la corrispondenza tra la fase di aggiudicazione e quella di esecuzione del contratto. V.MIRRA, *op.cit.*, p.686 rileva su questo punto un aspetto contraddittorio della sentenza dell'Adunanza plenaria che nella parte dispositiva afferma che «*è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della L. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara*» mentre nella parte che precede questa conclusione si sostiene che è «*ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara*». Queste due affermazioni contraddittorie tra di loro pongono l'interrogativo in merito alla legittimazione dei soggetti esclusi o che non abbiano partecipato alla gara ad accedere agli atti della fase esecutiva del contratto e, più in generale, ad accedere agli atti di gara: «*la differenza sarebbe netta tra un accesso legato alla tutela di una situazione giuridica soggettiva ed un "vero" accesso civico consentito a "chiunque"*». (In questi termini, F. MANGANARO, *op.cit.*, p.172).

²⁵ V. a riguardo R. MICALIZZI, *op.cit.*, p.286 che sottolinea come «*(L)le disposizioni che regolano il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici non vengono definite come un corpus normativo speciale e alternativo rispetto al diritto di accesso "ordinario", bensì come una serie di deroghe allo stesso, tali per cui tra l'accesso ex l. 241/1990 e l'accesso ex art. 53 del Codice non è ravvisabile un rapporto di alternatività e differenziazione, ma semmai di complementarietà*». in tal senso la giurisprudenza è orientata a riconoscere nella disciplina sull'accesso ai contratti pubblici, pur dopo l'entrata in vigore del "nuovo" codice dei contratti di cui al d.lgs. n.50/2016, «*una sorta di microsistema normativo, collegato alla peculiarità del settore considerato, pur all'interno delle coordinate generali dell'accesso tracciate dalla legge n.241 del 1990*» (così Corte Giust. Amm.Reg. Sicilia, 23 settembre 2016, n.324).

(art.41 Cost.) e risponde, inoltre, «*alla legittima aspirazione di verificare –come del resto, expressis verbis rappresentato nella istanza di accesso- la correttezza dell’agere dei pubblici poteri (artt. 3, 24 e 97 Cost)*».

In questa asserzione è ravvisabile, dunque, un punto di contatto tra l’interesse diffuso alla conoscenza proprio dell’accesso civico generalizzato volto a favorire l’esercizio di un controllo diffuso sul «*perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*» e l’interesse diretto, concreto e attuale richiesto dalla legge 241/1990 per l’accesso documentale al quale rinvia l’art.53 del Codice dei contratti declinato nella forma di accesso “partecipativo”. Nella motivazione della pronuncia in commento, cioè, i due piani dell’interesse collettivo e di quello individuale sembrano intrecciarsi, così come sembrano sovrapporsi e sfociare l’una nell’altra le due fattispecie dell’accesso documentale *tout court* e dell’accesso cd. difensivo²⁶.

In conclusione, nonostante gli interventi nomofilattici ad ampio raggio dell’Adunanza plenaria, permangono dubbi e insicurezze sulla disciplina dell’accesso nella materia dei contratti pubblici in relazione alle diverse tipologie di accesso previste nel nostro ordinamento.

Non a caso nel PNRR trasmesso al Parlamento il 25 aprile 2021²⁷, proprio per porre fine all’attuale situazione di incertezza normativa che domina in materia, il Governo ha enunciato

²⁶ Cfr. Par.9.5 della sentenza de qua laddove si afferma che nel caso di specie sussiste un interesse attuale e concreto alla conoscenza degli atti gara non essendo a tal fine rilevante la circostanza che il richiedente si sia collocato all’ottavo posto in graduatoria, «*in quanto questa circostanza non potrebbe rilevare neppure ove venga in rilievo l’accesso a documenti riservati ex art. 24 comma 7 l. 241/90, (...)fermo restando il più grave onere di allegazione gravante sull’istante e che comunque deve intendersi soddisfatto, nell’ipotesi di specie, con il richiamo alla necessità di deliberare la corretta ammissione e la corretta valutazione delle offerte degli altri concorrenti (da intendersi quelli che precedono l’istante in graduatoria), non potendo esigersi una specificazione più puntuale in assenza del rifiuto dell’ostensione degli atti della procedura di gara*».

²⁷ Nel PNRR si legge (p.69) sotto il titolo “*Abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione*” all’interno del capitolo dedicato alle “*riforme abilitanti*” «*occorre evitare che alcune norme nate per contrastare la corruzione impongano alle amministrazioni pubbliche e a soggetti privati di rilevanza pubblica oneri e adempimenti troppo pesanti. È il caso delle disposizioni sulla trasparenza che prevedono – tra l’altro – obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati da effettive esigenze di conoscibilità dei cittadini e assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori. È il caso, inoltre, delle norme che contemplano ben tre tipi di accesso ai documenti e alle informazioni amministrative. Un’unica piattaforma per la trasparenza amministrativa alleggerirà gli obblighi di pubblicazione delle varie amministrazioni su proprie piattaforme; un unico accesso alle informazioni pubbliche è idoneo ad avere evidenti effetti di semplificazione*». Per raggiungere questo traguardo si prevedeva la presentazione in Parlamento entro giugno 2021 di un apposito ddl con un termine di 9 mesi dall’approvazione per l’adozione dei decreti delegati.

Ad oggi il termine è abbondantemente decorso anche se occorre precisare che la riforma non è stata inclusa nella Decisione di esecuzione del Consiglio Ue del 13 luglio 2021-doc.10160/2021 di approvazione del PNRR italiano. In merito v. anche le osservazioni di F. GORGERINO, *L’accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativa*, in *Federalismi.it*, n.5/2022, pp.130-161 e, in particolare, pp.155 e ss. che ricorda la consultazione pubblica avviata dal Ministro per la Pubblica amministrazione il 3 dicembre 2019 e conclusasi il 29 febbraio 2020 con l’obiettivo di raccogliere tra gli operatori del settore, in primis dai responsabili per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, proposte e suggerimenti volti al miglioramento della disciplina in materia.



l'intenzione di procedere ad una revisione degli istituti di trasparenza amministrativa nell'ottica di una complessiva rivisitazione della disciplina in tema di trasparenza e accesso, anche se non è detto che una riforma di questo genere possa, in automatico, produrre effetti di reale sempl

Si ricorda, inoltre, che, come riportato nel PNRR, proposte di riforma in materia di anticorruzione e trasparenza sono state già elaborate da una Commissione ministeriale di studio che, presieduta da B.G. Mattarella ed insediatasi presso il Dipartimento della Funzione pubblica, ha concluso i propri lavori a dicembre 2020.