

# Edilizia e Territorio

## Appalti, accesso agli atti “depotenziato”: il codice prevale sulle norme per la trasparenza della Pa

27 agosto 2018 - Roberto Mangani

Il Tar Emilia Romagna afferma che il diritto di accesso civico previsto dal Dlgs n.33/2013 non si applica agli atti relativi all'affidamento e all'esecuzione dei contratti



Il diritto di accesso generalizzato agli atti della pubblica amministrazione - così detto accesso civico - non trova applicazione agli atti di cui si compone la procedura di affidamento dei contratti pubblici e a quelli relativi all'esecuzione dei suddetti contratti.

Così si esprime il [Tar Emilia Romagna, Sez. I, 18 luglio 2018, n. 197](#), che delinea i rapporti esistenti tra due diverse discipline di accesso agli atti, quella generale relativa al così detto accesso civico dettata dal D.lgs. 33/2013 e quella specifica sui contratti pubblici contenuta nel D.lgs. 50/2016.

### La fattispecie

Un operatore che aveva partecipato a una procedura di gara aveva chiesto all'ente appaltante di accedere a una serie di documenti relativi alla stessa. In particolare, l'accesso veniva richiesto con riferimento alla documentazione di gara nella sua interezza, al relativo contratto di appalto nel frattempo stipulato e ai documenti inerenti i singoli interventi, con cui si dava esecuzione al suddetto contratto.

A fondamento di questa richiesta l'operatore invocava l'applicazione dell'istituto denominato accesso civico generalizzato, la cui ratio è quella di consentire che determinati documenti di competenza della pubblica amministrazione - ulteriori rispetto a quelli per i quali sono previste forme di pubblicazione obbligatorie - possano essere acquisiti e visionati senza che vi sia alcun interesse diretto e specifico del soggetto richiedente e, di conseguenza, senza che la richiesta di accesso debba essere accompagnata da una specifica motivazione.

Secondo l'espressa formulazione dell'articolo 5, comma 2 del D.lgs. 33/2013 l'istituto dell'accesso civico ha la funzione di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche. Si tratta quindi di una forma di accesso che, in linea generale, non subisce particolari limitazioni sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Peraltro è lo stesso legislatore a indicare in maniera circostanziata le ipotesi in cui l'accesso civico non può trovare applicazione.

Alcune di queste ipotesi riguardano superiori interessi pubblici, rispetto ai quali il diritto di accesso diviene necessariamente recessivo. Si tratta del possibile pregiudizio alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico, alla sicurezza nazionale, alla difesa e alle questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica e alla stabilità economica e finanziaria dello Stato, alla conduzione di indagini sui reati e al regolare svolgimento di attività ispettive.

Un'altra serie di ipotesi limitative riguardano invece la necessità di tutelare interessi privati. Si tratta della protezione dei dati personali, della libertà e segretezza della corrispondenza, degli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica.

Infine, l'accesso civico trova un limite - e questa ipotesi è particolarmente significativa nel nostro caso - qualora vi siano divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge 241/90. Tale ultima norma prevede limiti al diritto di accesso relativamente ai documenti coperti da segreti di Stato, ai procedimenti tributari, all'attività della pubblica amministrazione finalizzata all'emanazione di atti normativi e amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, ai documenti contenenti informazioni di carattere psicoattitudinali nei procedimenti selettivi.

### La posizione del giudice amministrativo

Il giudice amministrativo ha negato che l'accesso civico generalizzato possa operare nella materia dei contratti pubblici.

In primo luogo il Tar Emilia Romagna ricorda come nel settore dei contratti pubblici la disciplina dell'accesso agli atti si trova compiutamente disciplinata all'articolo 53 del D.lgs. 50. Si tratta di una disciplina compiuta e molto puntuale, che contiene al suo interno anche una serie di limiti e condizioni cui l'accesso è subordinato. Peraltro lo stesso articolo 53, per quanto in esso non espressamente stabilito, rinvia alla disciplina generale sull'accesso agli atti di cui alla legge 241/90.

In relazione a tale specifica disciplina viene in rilievo quanto previsto dall'articolo 5-bis del D.lgs. 33/2013 - sopra ricordato - che esclude il diritto di accesso civico, tra le altre ipotesi, nei casi in cui vi sia una specifica disciplina che subordina l'accesso al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti.

Appare quindi evidente che è la medesima normativa sull'accesso civico a escludere che la stessa possa trovare applicazione nel settore dei contratti pubblici proprio perché in tale settore vi è una disciplina compiuta che contempla condizioni, modalità e limiti per l'esercizio del diritto di accesso. In sostanza le disposizioni contenute nell'articolo 53 del D.lgs. 50 hanno un profilo di specialità che le fa prevalere sulle più generali previsioni relative all'accesso civico.

Al di là di questo argomento letterale il giudice amministrativo esclude che l'accesso civico possa trovare applicazione nella materia dei contratti pubblici anche in virtù di alcune considerazioni di carattere sistemico. Viene infatti evidenziato che gli atti delle procedure di affidamento e quelli attinenti alla fase esecutiva dei contratti sono inseriti nell'ambito di una disciplina speciale a sé stante, che costituisce un sistema normativo chiuso e organico. In particolare questo sistema è ispirato, nella sua impostazione fondamentale, all'esigenza di dare compiuta attuazione ai principi di concorrenza e trasparenza nell'affidamento dei contratti pubblici, che attrae anche la regolamentazione del diritto di accesso agli atti.

In altri termini, tenuto conto della completezza della disciplina sui contratti pubblici e la sua ratio ispiratrice appare del tutto giustificata la scelta del legislatore indirizzata a delineare una normativa autonoma per il diritto di accesso, finalizzata a impedire un accesso indiscriminato alla documentazione di gara e a quella relativa alla fase esecutiva. Ciò è giustificato anche alla luce di due ulteriori ordini di considerazioni. Il primo è che sugli atti di gara ma anche su quelli relativi alla fase esecutiva vi è un penetrante controllo affidato all'autorità di vigilanza del settore - l'Anac - che in parte attenua l'esigenza di consentire un controllo diffuso da parte degli operatori. Il secondo si sostanzia nell'esigenza di salvaguardare interessi privati di natura economica e imprenditoriale che lo stesso D.lgs. 33 individua tra le possibili cause di esclusione dell'accesso civico.

### **I contratti pubblici e la specialità del diritto di accesso**

La condivisibile soluzione del giudice amministrativo si fonda sull'assunto che il diritto di accesso nel settore dei contratti pubblici trova la sua compiuta regolamentazione nell'articolo 53 del D.lgs. 50, che risponde a logiche ben precise e proprie del settore.

In effetti l'articolo 53 rappresenta il punto di equilibrio di una molteplicità di esigenze tipiche dei contratti pubblici. Vengono infatti stabiliti alcuni limiti al diritto di accesso che, relativamente alla fase della gara, sono preordinati a tutelare i principi di concorrenzialità e trasparenza. Vanno in questo senso la postergazione dell'accesso rispetto all'elenco dei soggetti invitati alla procedura ristretta, che possono essere resi noti solo quando sia scaduto il termine di presentazione delle offerte; ovvero rispetto alle offerte e ai contenuti del procedimento di verifica dell'anomalia, in relazione ai quali l'accesso può essere esercitato solo dopo l'avvenuta aggiudicazione.

Relativamente alla fase esecutiva vi è poi un vero e proprio divieto di accesso per taluni atti, quali le informazioni fornite in sede di offerta che costituiscono segreti tecnici o commerciali, i pareri legali acquisiti dagli enti appaltanti, le relazioni riservate del direttore lavori e dell'organo di collaudo. Si tratta di divieti finalizzati a preservare le esigenze di riservatezza o dei concorrenti o delle stazioni appaltanti, che impongono di escludere in assoluto il diritto di accesso.

È evidente che la disciplina richiamata risponde a logiche e finalità del tutto peculiari al settore dei contratti pubblici. Appare quindi corretto preservare tali finalità, evitando che le stesse siano contraddette da un ricorso indiscriminato all'accesso civico, che finirebbe per introdurre un controllo omnicomprensivo e generalizzato anche rispetto ad atti che il D.lgs. 50 ha inteso far rimanere riservati o per i quali esigenze di trasparenza e concorrenzialità hanno indotto a prevedere un accesso postergato.

In definitiva l'accesso civico, come delineato dal D.lgs. 33 non si addice per le sue caratteristiche a un utilizzo indiscriminato nel settore dei contratti pubblici, che resta regolato dalla disciplina specifica contenuta nell'articolo 53 del d.lgs. 50.