

***IL DIRITTO DI ACCESSO NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA  
PUBBLICA***

di Francesco A. Caputo

pubblicato su Giust.Amm.it dal 28.09.07

**Sommario: 1. Cenni introduttivi ed “appalti segreti” 2. Il differimento dell'estrazione e la relativa inosservanza 3. Il divieto all'ostensione 4. Il divieto temperato all'ostensione: la prevalenza dell'interesse di giustizia, rispetto alla *privacy* tecnico - commerciale attraverso l'estrazione in copia 5. L'accesso nel dialogo competitivo e nel *project financing* 6. L'accesso ai verbali di gara: la peculiarità procedimentale dell'inibizione a concorrere**

**1. Cenni introduttivi ed “appalti segreti”**

Facendo proprie le più rilevanti modifiche apportate all'istituto dell'accesso ai documenti dalla L. 15/05, poi trasfusa nel nuovo regolamento in tema (D.P.R. 184/06), il Codice dei contratti pubblici all'art. 13 prevede, sotto l'epigrafe “*Accesso agli atti e divieti di divulgazione*”, la possibilità per i richiedenti, in linea di massima, ben più ampia di estrarre copia di documenti che afferiscono ad offerte di altri concorrenti, rispetto ai confini di “*Riservatezza*” cui sotto tale rubricazione sia la Direttiva 2004/18/CE, all'art. 6<sup>1</sup>, sia la 2004/17/CE, relativa a determinate procedure, all'art. 13, sotto la medesima nomenclazione, circoscrivono le informazioni *de quibus*.

Fra l'altro, la Direttiva 2004/17/Ce prevede al comma 1 dell'art. 13 stesso, che *“all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'aggiudicazione degli appalti, gli enti aggiudicatari possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono”*. Le Stazioni sarebbero quindi *“facultizzate”*<sup>2</sup>, per i settori di riferimento, a mettere esse stesse condizioni atte a tutelare le relative informazioni rimesse a coloro i quali concorrono alla procedura.

Ciò detto, scopo del presente contributo è quello di fornire un commento della norma, confrontandola con la normativa generale e la regolamentazione *ex ante*, nonché con le doverose indicazioni giurisprudenziali, per poi analizzare aspetti critici che si ritengono ancora non chiariti.

Preliminarmente, è opportuno brevemente soffermarsi sui c.d. appalti segreti, rispetto ai quali l'articolo in commento rinvia, sia al comma 2, sia al comma 5, ad una particolare disciplina prevista nel codice.

Va da sé che chi scrive può anche eludere dalla propria valutazione esegetico – giuridica l'eventuale abrogazione implicita o meno, nell'attuale regime normativo, della previsione di cui all'art. 2 del D.M. n. 292 del 14 marzo 2001, nel corpo del quale sotto l'epigrafe *“Categorie di documenti inaccessibili per la salvaguardia della sicurezza, difesa nazionale e relazioni internazionali”* è previsto che: *“Ai sensi dell'art. 24, comma 2, lettera a), della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dell'art. 8, comma 5, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 27 giugno 1992, n. 352, ed in relazione all'esigenza di salvaguardare la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni*

*internazionali, sono sottratti all'accesso i seguenti documenti, compresi quelli ad essi direttamente connessi, relativi alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, nonché alla costruzione e collaudazione di: a) opere la cui realizzazione derivi da accordi internazionali; b) opere la cui realizzazione deve essere accompagnata da particolari misure di sicurezza; c) opere classificate".* Infatti, se da un canto la giurisprudenza propende per la sottintesa caducazione dei decreti attuativi di una norma primaria pressoché variata in quasi tutte le componenti<sup>3</sup>, è assorbente la pedissequa disposizione che ne occupa giacché, per l'appunto, rimanda esclusivamente alla disciplina prevista dal presente codice. E' quella dell'art. 17, in cui sono ritrasfusi i previgenti dettami e alla cui elencazione si rimanda. In giurisprudenza, si segnalano, in applicazione del citato D.M., TAR Puglia, Sez. I, 3 settembre 2002, n. 3827, secondo cui *"in materia di appalti pubblici, il diritto di accesso agli atti relativi alla gara, ai sensi dell'art. 2 del decreto del Ministero dei lavori pubblici del 14 marzo 2001, n. 292 è escluso nei casi, ivi contemplati, di opere la cui esecuzione derivi da accordi internazionali, di opere la cui realizzazione deve essere accompagnata da particolari misure di sicurezza, nonché di opere classificate; la disposizione trova giustificazione nell'assoluta preminenza degli interessi pubblici potenzialmente incisi dall'accesso (nella fattispecie deve escludersi la sussistenza di siffatte categorie di opere);* nonchè, con riferimento alla normativa primaria: Cons. di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518; TAR Lazio - Rm, Sez. III, 17 gennaio 2007, n. 285, con richiamo (in tema di atti relativi alla costruzione di un penitenziario) all'art. 33, L. 109/94, per l'appunto oggi trasfuso nell'art. 17.

## 2. Il differimento dell'estrazione e la relativa inosservanza

L'articolo del Codice dopo aver ribadito, per quanto attiene alla specifica tematica, il rinvio alla legge generale sul procedimento amministrativo, già previsto nei "principi", di cui all'art. 2, e specificatamente al comma 3<sup>4</sup>, posta la preclusione per gli appalti segreti; e quelli che richiedono particolari misure di sicurezza, giusta ragioni di cui sopra, cataloga le ipotesi di "differimento", vale a dire quelle in cui il riscontro alla richiesta di accesso non soggiace ai canonici termini normativi (trenta gg.), bensì va garantito, per le deducibili ragioni di opportunità, dopo determinati eventi procedurali, posta, ovviamente, la sussistenza dei tradizionali ed imprescindibili requisiti soggettivi (identificazione del richiedente ed il suo interesse giuridicamente rilevante) e oggettivi (precisa ed analitica indicazione di documenti detenuti, e non da formare, in seno all'Amministrazione aggiudicatrice), di guisa da prescindere dal c.d. "controllo generalizzato" (accezione di matrice giurisprudenziale ritrascritta nel novellato art. 24, comma 3, L. 241/90) e da ciò che è stata definita "massa eterogenea di atti"<sup>5</sup>.

Sulla giuridicità del "differimento", in tema di accesso ai documenti si segnala, antecedentemente alla L. 15/05 e al D.P.R. 184/06, giusta espressa previsione del previgente art. 24, comma 6, L. 241/90<sup>6</sup>, vale rimarcare la sentenza n. 13873 del 16 dicembre 2005 della Sez. I *quater* del TAR Lazio, la quale, in parte motiva, se da un canto rileva "che il diritto di accesso non può essere escluso per il mero fatto che il procedimento amministrativo non si è ancora concluso ovvero a causa del rilievo che i documenti non risultano ancora recepiti in atti aventi rilevanza esterna (cfr. TAR Campania, Sez. V,

*sent. n. 8127 del 18 dicembre 2002; TAR Lazio, Latina, sent. n. 742 dell'8 luglio 1994)*"; dall'altro, ammonisce che *“non è da escludere che l'Amministrazione possa differire l'accesso alla conclusione del procedimento ma tale scelta deve figurare – a differenza di quanto avvenuto nella fattispecie in esame – come il risultato di una consona, pertinente e motivata valutazione, espressamente riportata nel provvedimento di riscontro alla richiesta di accesso o, comunque, facilmente desumibile dai contenuti di quest'ultimo, che si presti a dare atto della sussistenza di negative interferenze tra un eventuale accesso e lo svolgimento della funzione amministrativa, così come prescritto dall'art. 24, u.c., della legge n. 241/90, ovvero della necessità di assicurare una temporanea tutela degli interessi di cui all'art. 24, comma 2, della medesima legge, in conformità all'art. 7, comma 2, del D.P.R. n. 352/1992”*.

La statuizione si inserì nella prassi comportamentale delle Amministrazioni, indirizzata dall'Atto di regolazione n. 12/2002 del 29 maggio 2002 dell'Autorità di Vigilanza, contemperando con la riferita *“consona, pertinente e motivata valutazione”* le conclusioni dell'Autorità, le quali – sulla falsariga della legislazione e regolamentazione all'epoca vigenti, nonché dell'afferente giurisprudenza – proposero che *“non appare legittimamente denegabile il diritto di accesso nei confronti di un concorrente, con particolare riferimento ai documenti di gara, ancorché subordinatamente alla definitiva conclusione del procedimento di gara – con la conseguenza che la P.A. potrà differire l'esercizio del diritto di accesso – e nella forma della sola visione degli atti”*. Su tale impostazione, si cfr. la sentenza del TAR parte-

nopeo, secondo cui: *“l’interesse pubblico ad una celere definizione del procedimento di gara, in conformità ai principi di cui alla legge quadro in materia di lavori pubblici ed al relativo regolamento, deve ritenersi prevalente rispetto all’interesse alla conoscenza (immediata) dell’azione amministrativa; l’esercizio e la tutela immediata di quest’ultimo interesse, anche se con finalità di “correzione di rotta” del procedimento di gara, si tradurrebbe in un appesantimento dell’azione amministrativa e ben può essere soddisfatto alla conclusione del procedimento. E’ pertanto legittimo in tali casi il differimento ex art. 24, comma 6, della legge n. 241/1990”*<sup>7</sup>.

Si segnala, da ultimo, TAR Lazio – Rm, Sez. III *quater*, 11 gennaio 2007, n. 112 secondo cui: *“Ai sensi dell’art. 9, comma 2, lett. c) del regolamento di disciplina dell’accesso agli atti detenuti dalla Croce rossa italiana, è illegittimo il provvedimento di differimento dell’accesso a causa della pendenza di un procedimento giurisdizionale che coinvolge direttamente la Pubblica amministrazione, atteso che tale potere è esercitabile con esclusivo riguardo alle esigenze di riservatezza connesse al procedimento amministrativo in relazione al quale è presentata l’istanza di parte”*.

Ebbene, la norma così cataloga le ipotesi di differimento:

***a) nelle procedure aperte, in relazione all’elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime.***

Lo scopo della previsione che riproduce il relativo testo della “Merloni” (art. 22) è chiaramente quello di evitare che il concorrente possa parametrare la propria offerta, in funzione del numero (e della tipologia) di altri operatori

economici concorrenti, nonché di scegliere di partecipare o meno alla competizione in funzione di chi sono i rivali, così da non porre la Stazione appaltante al cospetto della più ampia platea di scelta, in cui ognuno dei concorrenti si propone con la migliore offerta, tanto in termini qualitativi, quanto economici.

E' quindi, in buona sostanza, evidente che sapere preventivamente che partecipano alla gara in pochi può indurre l'offerente ad elevare le relative pretese economiche, ragion per cui solo dopo che è spirato il *dies ad quem* di partecipazione alla procedura aperta si può accedere ai dati *de quibus*.

***b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime...***

Anche tale inciso è riproduttivo della normativa precedente e rinviene le medesime ragioni di differimento dedotte *ut supra*. L'opportunità di conservare la segretezza circa l'elenco delle ditte da invitare per evitare possibili collisioni con le stesse, è stato, prima dell'avvento della legge 2 febbraio 1973, n. 14, un principio rigidamente applicato.

Gli elenchi, ove predisposti dalla stessa Amministrazione, circolavano tra gli uffici in busta chiusa e spesso sigillata e colui che predisponeva le lettere d'invito, e che quindi era titolato per motivi di lavoro a conoscerli, doveva ritenersi un dipendente di assoluta fiducia e garante della riservatezza.

Tale prassi, interna all'amministrazione, trovava peraltro riscontro in analoghi comportamenti adottati nei casi in cui la predisposizione degli elenchi fosse riservata a soggetti esterni.

Citando un caso concreto<sup>8</sup> ad esempio, *“per le opere di competenza dello Stato o realizzate con il contributo dello Stato stesso, l'individuazione delle ditte da invitare ad una gara apparteneva all'allora ufficio del genio civile”*: *per espresse disposizioni emanate a livello ministeriale, al fine di garantire la massima segretezza circa le imprese da invitare, tali elenchi venivano trasmessi all'ente titolato ad espletare l'appalto, in busta chiusa e sigillata con ceralacca ed apposizione sulla stessa dei timbri dell'ufficio che la spediva.*

*Questa segretezza, che - proseguono gli autori - veniva assicurata anche per la discrezionalità riconosciuta alle pubbliche amministrazioni di invitare soltanto le ditte di propria fiducia, e quindi della possibilità di variare di volta in volta, all'occorrenza, l'elenco delle stesse, è di fatto venuta meno con il recepimento di alcuni principi contenuti nelle direttive comunitarie”*.

In particolare, con l'art. 7 della legge 14/73, è stato inserito per la prima volta nell'ordinamento italiano il *“preavviso di gara”*. Tale disposizione ha condotto ad una inversione di tendenza che ha portato all'individuazione delle aziende da invitare non più sulla base della discrezionalità della Pubblica Amministrazione, ma sulla scorta delle richieste di partecipazione che, a seguito della pubblicazione del *“preavviso di gara”* medesimo, vengono inoltrate dalle ditte interessate alla partecipazione stessa.

Di fatto, pur terminando il richiamato articolo 7 della legge 14/73 con la dizione *“la richiesta d'invito non vincola l'amministrazione”*, è ormai accerta-

to, anche attraverso la copiosa giurisprudenza formatasi, che, per la mancata ammissione, occorre una motivazione e tale motivazione può essere trovata solo nel mancato possesso dei requisiti richiesti oppure, secondo taluni, in rapporti pregressi con l'Amministrazione appaltante in cui sono emerse discrasie ed inefficienze di quell'appaltatore<sup>9</sup>.

*Segue b) .....ai soggetti la cui richiesta d'invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare.*

Posti i consolidati principi circa il mancato invito, colui al quale è inibita l'ammissione a concorrere ha quindi l'immediato diritto, una volta definito il relativo sub-procedimento, e solo allora, di conoscere l'operato della Commissione con esclusivo riferimento ai nominativi prescelti.

*c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione.*

Il riferimento è quindi da ascrivere alla documentazione prodotta al seggio di gara dal concorrente, con disposto differimento che si interseca nella fase intermedia fra i commi 5 e 8 dell'art. 11, D.Lgs. 163/06.

Per "approvazione dell'aggiudicazione" è da intendersi il momento procedimentale di cui al combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e dell'art. 12, comma 1, D.Lgs. cit., con relativo *spatium deliberandi* fra l'operato della Commissione giudicatrice e il *placet* di quella aggiudicatrice parametrato in trenta giorni, salva l'approvazione implicita in caso di decorrenza del termine, che i "singoli ordinamenti" recita l'ultimo periodo dell'art. 12, comma 1, possono diversamente indicare. Posto quanto sopra, il successivo comma,

con disposizione di chiusura stabilisce che *“il contratto stipulato è soggetto all’eventuale approvazione dell’organo competente secondo l’ordinamento delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli Enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell’organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all’organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti, o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto si intende approvato”*.

Appresso, il comma 3) che recita: ***Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.***

Si ribadisce, quindi, l’inderogabilità del differimento, con specificazione di chiusura che ne oblitera, per l’appunto a tempo, sia la “comunicazione” effettiva, in termini di ricettività, sia la possibilità di divulgazione *aliunde*.

Dispone, poi, il comma 4): ***“L’inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l’applicazione dell’art. 326 del codice penale”***.

La norma penalistica (“*rivelazione ed utilizzazione dei segreti d’ufficio*”) si inserisce in un contesto anche attuativo del “*buon andamento*” di cui all’art. 97 Cost. e sembra recepire fedelmente l’orientamento del Giudice di legittimità che sei anni or sono ha statuito: *“il divieto di divulgazione comprende non soltanto informazioni sottratte all’accesso, ma anche, nell’ambito delle*

*notizie accessibili, quelle informazioni che non possono essere date alle persone che non hanno il diritto di riceverle, in quanto non titolari dei prescritti requisiti”*(Cass. Penale, Sez. VI, 17 maggio 2001, n. 20097).

Posto che, presupposto del reato che incombe sul relativo responsabile del procedimento<sup>10</sup> è il dovere di mantenimento del segreto in capo al soggetto attivo, esistente tutte le volte che il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio abbiano l’obbligo giuridico di non rilevare la notizia stessa, obbligo derivante da quanto disposto da una specifica norma di legge, da un regolamento, da un ordine (non illegittimo) del superiore o dalla natura intrinseca della stessa notizia d’ufficio, la richiamata statuizione, fa carico di verificare l’accreditamento del richiedente, sia in termini di propria qualificazione soggettiva, sia, per l’appunto, con riguardo all’oggetto della richiesta. La violazione del dovere di segretezza deve essere, quindi, messa in relazione non tanto alla qualità del soggetto agente, quanto piuttosto alla natura delle notizie rilevate<sup>11</sup>.

### **3. Il divieto all’ostensione**

Vanno poi letti combinatamene i commi 5 e 6, che alle ll. a), b), c), e d) del comma 5 stabiliscono le categorie di atti sottratti all’accesso e al successivo comma 6 consentono l’estrazione, limitatamente alle precedenti ipotesi *sub a) e b)*, ove il concorrente chieda l’ostensione in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito della quale viene formulata la relativa richiesta di accesso.

Così la lett. c) sull'oggetto del (tassativo) divieto di divulgazione: ***“ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici”***.

Trattasi, quindi, di “atti interni” all'Amministrazione che il Codice sottrae alla diffusione *extra moenia*.

Recita il vigente art. 22, L. 241/90, al comma 1, lett. d), a proposito di che cosa si intende: *per “documento amministrativo”, ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*”, così catalogando gli “atti interni” quali “documento amministrativo”. Nella specifica preclusione i pareri legali di specie, che sono atti interni all'Amministrazione aggiudicatrice, vengono pertanto sottratti all'accesso.

La norma con l'inciso “potenziali o in atto” e quindi ponendo tale dicotomia sul medesimo piano di effetti, sembra porsi in antitesi con la legge generale sul procedimento amministrativo e, in particolare, con il comma 3 dell'art. 3, sull'obbligatoria disponibilità all'interessato dell'atto motivante quello motivato<sup>12</sup>.

In buona sostanza, il Legislatore degli appalti trae la propria valutazione, ribadendo il viatico seguito per normare altre complesse fenomenologie nelle procedure ad evidenza pubblica, precedente indirizzo della giurisprudenza.

Sul punto, infatti, il Supremo Consesso si era compiutamente ed esaurientemente espresso. Con decisione a firma Costantino Salvatore (Pres. Trotta), la Sez. IV, richiamando la giurisprudenza in materia del Consiglio di Stato (cfr. Sez. IV n. 1137 del 1998), e la disposizione dell'art. 2 del D.P.R. n. 200 del 1996 (regolamento sull'accesso agli atti dell'Avvocatura di Stato), ha ribadito il principio secondo cui *“essendo il segreto professionale specificatamente tutelato dall'ordinamento, sono sottratti all'accesso gli scritti difensionali, rispondendo ad elementari considerazioni di salvaguardia della strategia processuale della parte, che non è tenuta a rivelare ad alcun soggetto e, tanto meno, al proprio contraddittore, attuale o potenziale, gli argomenti in base ai quali intende confutare le pretese avversarie”*.

Quanto alle consulenze legali esterne, invece, i Giudici Supremi hanno precisato che, *“nell'ipotesi in cui il ricorso alla consulenza legale esterna si inserisce nell'ambito di un'apposita istruttoria procedimentale, nel senso che il parere è richiesto al professionista con l'espressa indicazione della sua funzione endoprocedimentale ed è poi richiamato nella motivazione dell'atto finale, la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico, normalmente caratterizzato dalla riservatezza della relazione tra professionista e cliente, è soggetto all'accesso, perché oggettivamente correlato ad un procedimento amministrativo”*.

Al contrario, quando la consulenza si manifesta dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale od anche meramente amministrativo), altrimenti dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose, il parere del legale mira a fornire all'ente pubblico tutti gli elementi tecnico-giuridici utili

per tutelare i propri interessi. In tal senso, prosegue la IV Sezione, *“le consulenze legali restano caratterizzate dalla riservatezza, che mira a tutelare non solo l’opera intellettuale del legale, ma anche la stessa posizione dell’amministrazione, la quale, esercitando il proprio diritto di difesa, protetto costituzionalmente, deve poter fruire di una tutela non inferiore a quella di qualsiasi altro soggetto dell’ordinamento”*.

Tale principio, conclude il Consiglio di Stato, *“vale anche nelle ipotesi in cui la richiesta del parere interviene in una fase intermedia”* dal momento che *“pure in tali casi, il ricorso alla consulenza legale persegue lo scopo di consentire all’amministrazione di articolare le proprie strategie difensive, in ordine ad una lite che, pur non essendo ancora in atto, può considerarsi quanto meno potenziale. Ciò avviene, in particolare, quando il soggetto interessato chiede all’amministrazione l’adempimento di una obbligazione, o quando, in linea più generale, la parte interessata domanda all’amministrazione l’adozione di comportamenti materiali, giuridici o provvedimenti, intesi a porre rimedio ad una situazione che si assume illegittima o illecita”*<sup>13</sup>.

Rimane il problema sulla “potenzialità” della lite.

Quale potrebbe essere l’interesse perseguito dal richiedente, se non quello di capire l’*iter* logico fatto proprio dall’Amministrazione, proprio al fine di tutelare il proprio interesse giuridico? Ne discende che se risulta dall’impugnando atto che la decisione è stata assunta (in termini di “risultanze”) dall’acquisito parere legale, chi scrive propende per l’ostensibilità, a fronte (*rectius*: in vista) chiaramente della pretesione giuridica da tutelare,

in guisa di poter svolgere un sindacato di giurisdizionalità sull'atto motivante, i cui connotati illegittimi si riverberano sul provvedimento lesivo, altrimenti il diritto di difesa verrebbe a subire un affievolimento affetto da anticostituzionalità.

Tale impostazione, fra l'altro, in disparte il dato della "241", si pone in parallelo con *"altri due importanti interventi normativi incidenti, in senso ampio, sull'accesso ai documenti riguardano settori estranei all'ambito operativo del processo speciale disciplinato dall'art. 25 della legge 241/1990. La legge 7 dicembre 2000, n. 397, recante "Disposizioni in materia di indagini difensive", ha introdotto, nel codice di procedura penale, il nuovo articolo 391-quater (Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione). La disposizione stabilisce, al comma 1, che "Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese". Nonché la legge 5 marzo 2001, n. 57, recante "Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati", che prevede, all'articolo 3, l'introduzione nella legge 24 dicembre 1969, n. 990, un nuovo articolo 12-ter. Il comma 1 stabilisce che le imprese di assicurazione sono tenute a garantire, a coloro che stipulino con esse contratti di assicurazione riguardanti tale ramo, nonché ai danneggiati, il diritto di accesso agli atti a conclusione dei procedimenti di valutazione, contestazione e liquidazione dei danni che li riguardano. Il comma 2 prevede che "al fine di cui al comma 1 ciascuna impresa di assicurazione deve garantire all'assicurato nonché al danneggiato l'accesso agli atti di cui al medesimo comma 1. Se entro sessanta giorni dalla richiesta l'assicurato o il danneg-*

*giato non è messo in condizione di prendere visione degli atti richiesti, egli può rivolgersi all'ISVAP al fine di veder garantito il proprio diritto*"<sup>14</sup>.

Così la lett. **d)** sull'altro oggetto di altrettanto tassativa divulgazione: ***“alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserva del soggetto esecutore del contratto”***.

La previsione riproduce quella dell'art. 10 del D.P.R. 554/99, oggi in via di caducazione stante l'ormai prossima entrata in vigore del nuovo regolamento, ex art. 5, D.Lgs. 163/06, e fa argine agli ondivaghi arresti giurisprudenziali sul punto. Infatti, il TAR Friuli Venezia Giulia con sentenza n. 431 del 28 maggio 2003 ha statuito testè: *“Come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/1999 la normativa sull'accesso riguarda tutti gli atti dell'amministrazione e, in particolare, non rileva la loro disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica e neppure, se, nel caso di controversia, vi sia la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa. Infatti per tutti gli atti dell'amministrazione sussistono le esigenze della trasparenza cui è finalizzata la normativa sul diritto di accesso, che agevola il concreto perseguimento dei valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, e le uniche possibili eccezioni sono quelle tassativamente previste dalla legge”*.

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con la sentenza n. 7301, del 7 ottobre 2003, ha solo in parte riformato la decisione friulana confermando che *non è sottratta all'accesso la relazione del direttore tecnico dei lavori appaltati, essendo essa redatta nell'esercizio delle funzioni previste dall'art. 117 comma 4 D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi ha natura autonoma rispetto alla posizione giuridica posta a base*

*della relativa istanza e sussiste anche quando l'istanza è preordinata all'utilizzazione degli atti in un giudizio nel quale sussistano poteri istruttori del giudice.*

Mentre successivamente il medesimo Consesso, Sez. V, con la sentenza n. 1916, del 26 aprile 2005, annullando quanto affermato dal TAR Umbria, ha statuito che *“in tema di appalto di lavori pubblici, ai sensi degli artt. 10 del regolamento approvato con D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e 24 comma 1 L. 7 agosto 1990, n. 241, è legittimo il diniego di accesso alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve dell'impresa, trattandosi di documenti “riservati” ai sensi dell'art. 31 bis L. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo introdotto dal D.L. 3 aprile 1995, n. 101, non rilevando che tale ultima disposizione, nel testo modificato dalla L. 1 agosto 2002 n. 166, non rechi più l'aggettivo “riservata” che qualificava la relazione medesima, né la norma transitoria contenuta nell'art. 232 comma 4 del suddetto regolamento, applicabile soltanto alle situazioni definite alla sua entrata in vigore, non essendovi soluzione di continuità tra le norme anteriori che statuivano la segretezza o riservatezza delle relazioni de quibus e il regolamento del 1999”, riportando in diritto che “d'altra parte, com'è stato osservato nella decisione 17 settembre 2003, n. 5285 della sesta sezione, il divieto sancito dall'art. 10 del regolamento citato è conforme all'art. 24, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che fa salvi dal diritto d'accesso i “casi di segreto o di divieto di divulgazione...previsti dall'ordinamento”; inoltre la segretezza della relazione di collaudo, sancita dall'art. 100 del regolamento del 1895, è fatta salva dal*

*comma 5 dell'articolo 24 della legge n. 241 del 1994, secondo cui resta ferma "ogni altra disposizione attualmente vigente che limiti l'accesso ai documenti amministrativi".*

Da ultimo, proprio in sede di elaborazione del presente scritto, si è espressa l'Adunanza Plenaria (13 settembre 2007, n. 11), la quale ha ribadito la preclusione all'accesso delle relazioni del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo.

#### **4. Il divieto temperato all'ostensione: la prevalenza dell'interesse di giustizia, rispetto alla *privacy* tecnico – commerciale attraverso l'estrazione in copia**

Le ipotesi di divieto, che invece recedono rispetto al manifestato intento del richiedente di adire le vie di giustizia, sono, nel corpo del comma le seguenti: *a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali.*

Indipendente dall'assolvimento, nel proprio interesse e quindi a propria garanzia, dalla specifica di salvaguardia di segretezza che la norma consente all'offerente, l'Amministrazione non può esimersi dall'osservanza della disposizione dell'art. 3, D.P.R. 184/06<sup>15</sup>, che le impone di notificare il soggetto cui pertiene la documentazione oggetto di accesso e al quale la novella ha ascrivito la qualificazione di "controinteressati" (art. 22, comma 1, lett. c, L. 241/90, come riformata) la comunicazione della richiesta, con onere supplementivo, a carico dell'Amministrazione medesima di individuare i controinteressati anche dal contenuto di atti connessi a quelli di cui alla richiesta, vale a

dire “...*altri documenti nello stesso richiamati e appartenenti al medesimo procedimento, fatte salve le eccezioni di legge o di regolamento*” (art. 7, comma 2, D.P.R. 184/06).

La motivata opposizione del controinteressato non esime *de jure* la Stazione appaltante dall'accoglimento della richiesta di accesso, in quanto incombe sulla medesima la verifica, nell'ambito della propria *mission* di buona condotta procedimentale (art. 97 Cost.), della valenza e congruità delle giustificazioni oppostive, salva, chiaramente, la prevalenza dell'interesse giuridico del richiedente, manifestato nelle forme previste dal citato comma 6.

***b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento.***

Ebbene, lo schema di regolamento, sul quale si è di recente espresso il Consiglio di Stato<sup>16</sup>, non prevede al riguardo alcuno “oggetto”, così conferendo crisma di chiusura alla precedente lett. *a*).

E' il caso di specificare che proprio perché la prevalenza *de qua* è dettata dalla necessità di usufruire dei documenti in sede di giustizia non è sufficiente la visione dei dati oggetto dell'accesso, bensì se ne deve garantire la effettiva estrazione in copia. Nell'epoca normativa precedente alla modifica della L. 241/90 con la L. 15/05, la prevalenza dell'accesso sulla riservatezza di terzi utile per la “cura” o la “difesa” di un interesse giuridico veniva garantita con la sola visione, in guisa del precedente testo dell'art. 24, comma 2, lett. d).

Su tale falsariga, con una nota statuizione<sup>17</sup>, si dispose che non dovesse sussistere alcuna pregiudiziale alla visione dei progetti presentati tra i documen-

ti di gara, precludendo la visione di quelle parti di documento non utilizzate ai fini della positiva valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria.

In linea con gli arresti giurisprudenziali dell'epoca, si cfr. la statuizione del TAR Lazio, che dispose *“di consentire in qualche modo ai richiedenti l'accesso di tutelare le proprie situazioni giuridiche, è consentita unicamente con la visione degli atti prodotti nell'ambito del procedimento amministrativo quando la loro conoscenza sia necessaria per la cura e la difesa degli interessi giuridicamente rilevanti”*<sup>18</sup>.

Oggi la Legge n. 15 ha interamente rivisitato gli articoli 22-25 della “241”, i quali appunto regolano l'accesso agli atti amministrativi da parte di soggetti interessati, cioè, secondo la lettera b) del comma 1 dell'art. 22, tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento rispetto al quale è chiesto l'accesso<sup>19</sup>; per quanto concerne lo specifico argomento che in tale sede rileva, si deve aver riguardo della novella di art. 24, comma 7 della 241/90, che compie un primo “ribaltone” rispetto all'indirizzo fino al momento dominante: si riconosce, infatti, la possibilità per il richiedente di esercitare l'accesso e non più la semplice visione dei documenti amministrativi. Il comma 7 prevede infatti, la legittimazione all'azione di estrarre in copia quanto oggetto della richiesta, e quindi non più la semplice visione, qualora si tratti di tutelare i propri interessi giuridici: *“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. (...)”*. Sulla scorta del no-

*vum ordo*, la giurisprudenza ha incominciato, anche se in una prima fase non in modo univoco, ad evidenziare un vero e proprio “cambio di rotta”.

Infatti, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2223 del 20 aprile 2006, della Sez. VI, ha sancito espressamente che il diritto di accesso *“si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti, ai sensi dell’art. 25 della legge n. 241/1990, e che non si soddisfa con il consentirne soltanto la visione”*.

Successivamente, tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato (Sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418) ritornando sull’argomento, ha in parte contraddetto sè stesso, sostenendo che fosse possibile contemperare le esigenze di riservatezza del controinteressato assicurando l’accesso soltanto nella mera forma della visione dell’atto. La fattispecie esaminata ha riguardato una gara d’appalto in cui un operatore economico risultato non aggiudicatario ha richiesto di accedere alla documentazione connessa all’offerta presentata dal concorrente risultato primo in graduatoria, ma l’Amministrazione ha opposto rifiuto espresso. Il Consiglio di Stato, pur rilevando che la documentazione relativa all’offerta una volta entrata nella disponibilità della Pubblica Amministrazione, per effetto della partecipazione dell’azienda alla gara, è accessibile nei limiti in cui gli atti siano stati presi in considerazione e valutati dalla Stazione Appaltante (in quanto il diritto alla riservatezza di una ditta risulta recessivo rispetto al diritto di accesso agli atti della gara), ha, tuttavia, ritenuto corretto limitare l’accesso alla sola visione.

Ormai è consolidato che bisogna per l'appunto garantire l'estrazione in copia e non deve trarre in inganno la previsione dell'art. 7, comma 1, D.P.R. 184/06, attuativo della nuova normativa, che all'art. 7, comma 1, prevede che: *“L'atto di accoglimento della richiesta di accesso contiene l'indicazione dell'ufficio, completa della sede, presso cui rivolgersi, nonché di un congruo periodo di tempo, comunque non inferiore a quindici giorni, per prendere visione dei documenti o per ottenerne copia”*. In tal caso la persistenza del termine “visione” indica *sic et simpliciter* una prerogativa concessa al richiedente che prima osserva i documenti e poi decide se eseguire il proprio diritto di estrarne copia. Infatti, con indirizzo giurisprudenziale ormai consolidatosi: *“L'affermato diritto di accedere agli atti dovrà esercitarsi, peraltro, mediante esame ed estrazione di copia dei documenti”*<sup>20</sup>. Inoltre, in tema di gare *“Anche nei confronti dei segreti tecnici e commerciali relativi alle procedure di gara è necessario concedere l'accesso, a mente dell'art. 13 comma 6 D.Lvo 12 aprile 2006, n. 163 (cd. codice degli appalti), ove questo sia richiesto in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto e purchè il successivo ricorso sia notificato al soggetto titolare del segreto. L'accesso di cui tratta l'art. 13 comma 6 D.Lvo 12 aprile 2006 n. 163 (c.d. codice degli appalti), relativamente ai segreti tecnici e commerciali contenuti nelle offerte prodotte nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, si deve intendere inclusivo sia della visione, sia dell'estrazione di copia, secondo la definizione del diritto di accesso contenuta nella normativa generale di cui all'art. 22 L. 7 agosto 1990 n. 241, come sostituito dall'art. 15 L. 11 febbraio 2005 n. 15”*<sup>21</sup>. Ed

ancora: *“In base alla nuova disciplina introdotta dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, deve ricomprendersi nel diritto di accesso sia la visione sia il rilascio di copia del documento, e ciò soprattutto a seguito dell’abrogazione della disposizione dettata dall’art. 24 comma 2 lettera d) nella formulazione dell’originaria l. 7 agosto 1990 n. 241, abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due modalità di accesso che non si ravvisano più separabili”*<sup>22</sup>. Vieppiù, ancora in materia di procedure ad evidenza pubblica: *“In applicazione del combinato disposto dei commi 6 e 7 dell’art. 24 della L. 241/90, la ditta che abbia partecipato ad una gara pubblica ha diritto a prendere visione e ad estrarre copia della documentazione e delle offerte presentate dall’aggiudicataria”*<sup>23</sup>. Pertanto: *“Il diritto di accesso si esercita necessariamente mediante visione ed estrazione di copia del documento”*<sup>24</sup>.

### **5. L’accesso nel dialogo competitivo e nel *project financing***

Circa il *“dialogo competitivo”*, a mente della disposizione di legge di cui all’art. 58, comma 8, D.Lgs. 163/2006, *“Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte, né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l’accordo di quest’ultimo”*.

Va da sè che l’attivazione di tale istituto è subordinata al verificarsi di tre requisiti: che l’appalto sia particolarmente complesso; che l’appaltante sia nell’impossibilità oggettiva di definire gli strumenti per il soddisfacimento delle proprie esigenze; ed infine che tale oggettiva impossibilità non sia ascrivibile a carenze dell’appaltante medesimo<sup>25</sup>, intendendo quali carenze la

mancata disponibilità in seno all'Amministrazione aggiudicatrice degli studi di riferimento e quindi da non confondere con le sottostrutturazioni di organico<sup>26</sup>.

Del che l'obbligo di legge afferente al divieto di divulgazione, rinviene la propria ragione nella prioritaria tutela della concorrenza e quindi del *know-how*. Un'eventuale inosservanza può dar luogo a danno erariale, come lascia intendere un recente caso trattato dalla Magistratura Contabile della Lombardia (n. 448/07), questione "Enipower": "*la rivelazione di informazioni tecniche a una delle imprese in corsa per l'aggiudicazione di una commessa pubblica è illegittima perché mette a repentaglio l'interesse degli altri concorrenti e della stazione appaltante a una competizione leale. E per questo si dà luogo a danno erariale*"<sup>27</sup>. Tale chiave di lettura in un'ottica di salvaguardia della concorrenza; tant'è che in sede di commento *ut supra* si richiama il recente parere del Consesso sull'*in house*, il n. 456/07 della Sez. II. Epperò, del vero, la rivelazione d'informazioni nel famoso caso che ha interessato i *media*, riguarda una vicenda sostanzialmente diversa dalla tipologia di gara di cui al dialogo competitivo. Voglio sostanzialmente affermare che dal momento che la finalità di quest'istituto è quella di trovare insieme, operatori economici e Stazione appaltante, tutti attorno allo stesso tavolo, la migliore e più tecnologicamente avanzata soluzione progettuale rispetto alla quale instaurare la competizione ad evidenza pubblica, è più ragionevole consentire a tutti i partecipanti al dialogo, in ragione di reciprocità, l'ostensione delle soluzioni proposte da ciascuno, in modo tale da trovare in

concertazione la migliore. Visto che comunque la normativa impone una serie di tutele atte a controllare eventuali discrasie tecnico – concorrenziali.

Diversamente, merita particolari accorgimenti di tutela, in termini di riservatezza, la proposta del promotore nella procedura di *project financing*<sup>28</sup>. Nel silenzio della normativa al riguardo (gli art. 153, 154, 155, 156 del D.Lgs. 163/06, anche come novellati dal D.Lgs. 113/07, tacciono sul punto), una volta acclarato il pubblico interesse alla proposta e bandita la gara, il responsabile del procedimento deve accertarsi che chi visiona la proposta sia un operatore del settore, e “*dunque un soggetto astrattamente e potenzialmente abilitato a partecipare*”<sup>29</sup>, per poi consentirgli l’ estrazione in copia solo a fronte dell’ espressa volontà di concorrere alla gara.

Infatti l’ opera progettuale del promotore, la quale – latamente intesa – è accessiva alle regole di gara e contiene gli elementi con cui i *competitors* devono rapportarsi e rispetto ai quali la Commissione giudicatrice dovrà esprimersi, se da un canto è imprescindibile ai fini della partecipazione alla gara, dall’ altro, ove non si intendesse partecipare, se conosciuta a mezzo di eseguito accesso, può determinare un’ indebita appropriazione altrui e quindi la sua adoperabilità altrove. Viceversa, la propedeutica visione, ad esclusivo appannaggio di un legittimato aspirante a concorrere, è indispensabile per capire se partecipare o meno alla procedura ad evidenza pubblica; e, se sì, estrarne copia. Tanto, nell’ ottica dell’ argomentato contemperamento privacy/interesse giuridico.

La dottrina e la giurisprudenza salva la distinzione tra fase pre-gara da gestire con le regole proprie della legge sul procedimento amministrativo e fase

(*rectius*: fasi) post-bando da attuare con gli stereotipi dell'evidenza pubblica<sup>30</sup>, non mi pare, con il beneficio dell'incompletezza, che abbiano fornito altre indicazioni a proposito, salvo la Determinazione n. 4 del 6 marzo 2002 dell'Autorità di Vigilanza, la quale, in merito, all'applicabilità della finanza di progetto ai settori c.d. speciali dell'acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni, così si è espressa, negli alinea conclusivi, sull'accesso:

*“a. a base della gara di cui all’art. 37 quater, comma 1, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni deve essere posto il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa nella misura prevista dal piano economico finanziario presentato dal promotore medesimo, il quale, come documentato a se stante, resta riservato, e ad essa documentazione deve essere consentito l’accesso a tutti i soggetti interessati alla partecipazione alla gara;*

*b. la stazione appaltante è tenuta, in ogni caso, a consentire l’accesso alla documentazione di cui alla precedente lett. a) a tutti i soggetti interessati alla partecipazione alla gara.....omissis.....”.*

## **6. L’accesso ai verbali di gara: la peculiarità provvedimentale dell’inibizione a concorrere**

In conclusione, può ravvisarsi, in ragione di criticità, che l’articolo del Codice qui in commento, nulla prevede sull’accesso ai verbali di gara, quali atti del procedimento. Invero, gli atti della Commissione giudicatrice devono attenersi a due inequivoci principi:

i) essi, ancorché doverosamente articolati con l'indicazione delle varie sedute e della regolare composizione dell'organo in ciascuna di esse, nonché con la sufficiente descrizione delle attività valutative compiute in misura direttamente proporzionale all'ampiezza della discrezionalità tecnica disponibile<sup>31</sup>, possono essere in una prima fase oggetto di puntuazione, purchè essa puntuazione soggiaccia ai suesposti principi per poi tradursi in un documento successivo, c.d. verbalizzazione postuma<sup>32</sup>.

Va da sé che pur in presenza di un atto pubblico i cui accertamenti, riferiti ai fatti che i pubblici ufficiali attestano aver compiuto o essere avvenuti in loro presenza, sono dotati di fede privilegiata e possono vedere infirmata la loro efficacia probatoria soltanto mediante querela di falso da proporsi nella sede competente e nei modi di legge, i summenzionati appunti sono da considerare *medio tempore*. In quanto tali fin quando rimangono relegati nella sfera interna e privata dell'Autorità che li elabora, essi sono sottratti all'accesso, quale principio di recente desumibile, in tema di graduatoria di avanzamento di sottoufficiali, da TAR Lazio, Rm, Sez. I bis, 9 maggio 2007, n. 4155;

ii) essi verbali, inoltre, sono di fatto *sub iudice* in quanto soggetti alla verifica dell'Organo aggiudicatore ex art. 11, comma 5, D.Lgs. 163/06, in guisa da assumere la veste di atti endoprocedimentali a tutti gli effetti.

Vi è però una fase della procedura ad evidenza pubblica che rimane estranea da entrambe le modalità di cui sopra. E' la fase di verifica della documentazione amministrativa (*id est*: dei requisiti di ammissione a concorrere), ove culmini con l'esclusione di taluno dei concorrenti. Essa è provvedimento immediatamente lesivo con quanto ne consegue circa l'accessibilità al verba-

le stesso e alla connessa ed inerente documentazione. Ed invero, sulla co-  
genza lesiva – e quindi definitività /esecutorietà – del provvedimento di e-  
sclosure, non sussistono dubbi. Tanto laddove si consideri che, a differenza  
dell’aggiudicazione provvisoria<sup>33</sup>, la relativa comminatoria di esclusione  
conclamata in sede di seggio di gara dalla Commissione giudicatrice, non  
abbisogna della supervisione ratificante della Commissione aggiudicatrice. E  
ove altresì si consideri che la presenza del legale rappresentante dell’impresa  
esclusa o di un mandatario fornito di procura *ad hoc* comporta la decorrenza  
del *dies a quo* della relativa impugnativa, con consequenziale obbligo – pena  
acquiescenza – del rispetto dei fatidici sessanta giorni.

Non è, quindi, comprensibile perché il testo della nuova norma continui a  
non porsi il problema dell’accesso ai documenti relativo alla qualificazione  
soggettiva degli operatori economici in gara e quindi concernente  
l’ammissione alla procedura dei medesimi, *rectius*: l’eventuale esclusione.

Vale a dire: perché differire all’approvazione dell’aggiudicazione eventuali  
richieste di accesso che incidano sulla fase dell’ammissione dei concorrenti e  
sulla documentazione ad essa fase attinente? Chi scrive non è assolutamente  
d’accordo sul differimento al termine della gara di tale tipologia di istanza di  
accesso, perché tale indirizzo sembra confliggere con la incontestabile con-  
siderazione che una volta conclusa la fase di verifica dei requisiti soggettivi,  
l’ultimazione di tale *sub* procedimento dovrebbe consentire qualsivoglia ve-  
rifica documentale da parte di portatori di interesse giuridicamente qualifica-  
ti<sup>34</sup>.

Del vero, il nuovo Codice, agli artt. 11 e 12, nella segmentazione delle fasi del procedimento di appalto, non entifica espressamente quella, per l'appunto, della verifica dei requisiti soggettivi. Ma la sua autonomia è palese, ove si considera che rispetto all'escluso spira il termine decadenziale di impugnativa avverso la specifica lesione di inibizione all'apertura dell'offerta, fin da quando la Commissione si esprime in sede di verifica pubblica dei requisiti di cui alla busta contenente la documentazione amministrativa. Se assenti a tale seduta, il *dies a quo*, decorre, invece, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, lett. a). D.Lgs. 163/06.

Viceversa, ed in conclusione, fino all'aggiudicazione definitiva non sussistono altri atti afferenti al procedimento di gara immediatamente dotati di *vulnus*, ragion per cui non v'è interesse immediato all'accesso ad altri processi verbali di cui all'attività del seggio di gara, rispetto ai quali l'adempimento in capo al responsabile del procedimento può essere assolto avvalendosi delle giuste ragioni a sostegno del differimento.

---

<sup>1</sup> Si rileva che la dottrina più qualificata (R. De Nictolis, *L'accesso agli atti di gara in Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e M. A. Sandulli, 2005, pag. 520), fa presente che "L'art. 6 della nuova direttiva costituisce il fulcro della mediazione tra diritto di accesso agli atti di gara e diritto alla privacy dei partecipanti. Il diritto di accesso è salvaguardato da specifiche disposizioni della direttiva, che l'art. 6 fa salve, e, in particolare, dagli artt. 35.4. e 41. Tali norme garantiscono la conoscibilità degli atti di gara, una volta che la gara si sia conclusa, e la conoscibilità, per ciascun partecipante, dei motivi della propria esclusione. Infatti l'art. 35.4., prevede la pubblicazione in ambito comunitario di un avviso di postinformazione, relativo all'appalto aggiudicato o all'accordo quadro concluso. L'art. 41 disciplina in dettaglio le informazioni individuali che l'amministrazione aggiudicatrice trasmette su richiesta dei singoli concorrenti, e che riguardano l'esito della procedura, i motivi della scelta di una data offerta, i motivi dell'esclusione di candidature o offerte".

---

<sup>2</sup> Il termine è avocato da una recente statuizione del TAR Puglia – Ba, Sez. I, 2 agosto 2007, n. 1927, in tema rinnovo e proroga dei contratti, ed impone l'esame di un'appropriata (e congrua) motivazione al riguardo.

<sup>3</sup> A tal proposito in tema di riservatezza ed accesso: TAR Calabria - Cz, Sez. II, 8 giugno 2007, n. 776.

<sup>4</sup> Sulla qualificazione del procedimento ad evidenza pubblica quale “*procedimento amministrativo rafforzato*”, cfr. F. A. Caputo, *La procedura ad evidenza pubblica e le innovazioni della legge 241/1990, I contratti dello Stato e degli Enti pubblici, anno XIII n. 2 aprile/giugno 2005*, pp. 187 e ss., con richiamo a P. Virga, *Diritto Amministrativo*, Milano 1987, pag. 59; nonché a B. Cavallo, *Provvedimenti ed atti amministrativi in Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova 1993, vol. III, pag. 21.

<sup>5</sup> TAR Campania, Na, Sez. V, 9 gennaio 2007, n. 124, TAR Lazio, Rm, Sez. II ter, 31 maggio 2007, n. 5041.

<sup>6</sup> “*I soggetti indicati nell’art. 23 hanno facoltà di differire l’accesso ai documenti richiesti sino a quando la conoscenza di essi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell’azione amministrativa. Non è comunque ammesso l’accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all’articolo 13, salvo diverse disposizioni di legge*”. Così l’attuale testo di cui all’art. 24, comma 4 (“*L’accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento*”).

E’ implicito che l’esternazione del “potere” abbisogna del giusto viatico motivazionale e della corretta sua estrinsecazione, alla stregua dei principi generali della “*sana amministrazione*”. In ogni caso la pedissequa (e letterale) disciplina va completata con riferimento all’art. 9, commi 2 e 3 del D.P.R. n. 184/2006 “*dove è previsto che il differimento dell’accesso è disposto ove sia sufficiente per assicurare una temporanea tutela agli interessi di cui all’art. 24, comma 6, della legge 241, o per salvaguardare specifiche esigenze dell’amministrazione in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell’azione amministrativa, e che l’atto che dispone il differimento deve indicarne la durata. Il provvedimento di differimento deve presentare una motivazione tale che riveli gli interessi che si intendono tutelare nonché la temporaneità della stessa tutela indicandone la durata temporale*”, F. Nesta, *Limiti al diritto di accesso*, in *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi legge n. 241 del 1990 leggi*, in *Studi e esperienze di diritto amministrativo*, collana a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Torino 2006, pag. 27.

<sup>7</sup> TAR Campania, Na, Sez. I, 8 ottobre 2004, n. 1876.

<sup>8</sup> A. Tabarrini, L. Tabarrini, Merloni - *quater*. *Le nuove norme in materia di lavori pubblici*, Rimini 2002, pag. 160.

<sup>9</sup> TAR Lazio, Rm, Sez. II ter, 5 settembre 2007, n. 8535.

<sup>10</sup> Si intende colui il quale, ai sensi dell’art. 10, comma 8, D.Lgs. 163/06, è indicato nel bando o nell’avviso o nell’invito a presentare un’offerta. Dalla lettura della norma di settore e dall’emanando regolamento ex art. 5, D.Lgs. 163/06, il compito del responsabile del procedimento che ne occupa in questa sede rientra in quelli non “*specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti*” (art. 10, comma 2, ultimo inciso) e comunque è avocabile dalla disciplina generale.

<sup>11</sup> Segnala la dottrina, in sede di commento all’art. 8, D.P.R. 184/06, in AA.VV., *Il regolamento sull’accesso ai documenti*, Milano 2006, pag. 288, che “*Di evidenza è la responsabilità del responsabile del procedimento amministrativo che si profila nel caso in cui si verifichi una divulgazione non autorizzata di informazioni contenute in strumenti informatici. La sola gestione dei documenti amministrativi comporta una esposizione dell’agente per l’amministrazione pubblica alla responsabilità penale. Così come vi può essere una responsabilità per non aver consentito l’accesso in presenza di una legittima pretesa del cittadino, per contrapposto, vi può essere responsabilità per aver consentito l’accesso a soggetti privi di legittimazione in contrasto con l’interesse di altri alla riservatezza. Stabilito che è obbligo della amministrazione prevedere come contenuto minimo l’accesso e la salvaguardia dei dati da essa gestiti, se ciò non è previsto, il responsabile del procedimento ne risponde per non aver predisposto le adeguate misure organizzative. In particolare, la sua responsabilità sorge nell’ipotesi in cui, una volta predisposte le suddette misure, esse di fatto non vengono attuate, perché disattese o non puntualmente rispettate*”.

---

<sup>12</sup> Art. 3, L. 241/90 - Motivazione del provvedimento

1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. 4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6200.

<sup>14</sup> M. Lipari, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in Giust.Amm.it.

<sup>15</sup> D.P.R. 12-04-2006, n. 184, Art. 3. Notifica ai controinteressati

1. Fermo quanto previsto dall'[articolo 5](#), la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'[articolo 22](#), comma 1, lettera c), della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione. I soggetti controinteressati sono individuati tenuto anche conto del contenuto degli atti connessi, di cui all'[articolo 7](#), comma 2.

2. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione di cui al comma 1, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione, anche per via telematica, alla richiesta di accesso. Decorso tale termine, la pubblica amministrazione provvede sulla richiesta, accertata la ricezione della comunicazione di cui al comma 1.

<sup>16</sup> Sez. atti normativi, n. 1750/07.

<sup>17</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14.

<sup>18</sup> TAR Lazio, Rm, Sez. I *bis*, 16 maggio 2005, n. 3775.

<sup>19</sup> Sui maggiori profili innovativi, cfr. I. Franco, *Il diritto di accesso dopo la riforma*, in *Manuale del nuovo diritto amministrativo La funzione amministrativa, il procedimento e il provvedimento*, Milano 2007, pp. 215 e ss.

<sup>20</sup> TAR Toscana, Sez. II, 6 novembre 2006, n. 4966.

<sup>21</sup> TAR Toscana, Sez. I, 18 gennaio 2007, n. 43.

<sup>22</sup> TAR Puglia, Ba, Sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337.

<sup>23</sup> TAR Lazio, Rm, Sez. II *ter*, 4 maggio 2007, n. 3999.

<sup>24</sup> TAR Puglia, Le, Sez. II, 27 luglio 2007, n. 3016.

<sup>25</sup> S. Villamena, *Il dialogo competitivo: luci ed ombre*, Relazione al Convegno "Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture", 25 – 26 maggio 2006, Osimo (An).

<sup>26</sup> Sul punto cfr., altresì, C. Contessa e N. De Salvo, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica ed Appalti*, 5/2006, pag. 501, in cui agli arbori dell'applicazione dell'istituto nel nostro ordinamento preconizza: "è pertanto comprensibile l'imbarazzo e la diffidenza con cui le amministrazioni aggiudicatrici affronteranno, almeno in un primo momento, lo strumento del dialogo competitivo che, invece, risulterebbe appunto finalizzato (sotto il profilo delle scelte di politica legislativa) a risolvere i problemi di asimmetria informativa in cui la pubblica amministrazione spesso si imbatte". Emblematica anche la "Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico – privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni - 2006/2043 (INI)".

<sup>27</sup> F. Cerisano, *Appalti, gare senza spioni*, in *Italia Oggi*, 18 settembre 2007, pag. 32.

<sup>28</sup> M. Baldi, G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, II ed., Milano 2004, *passim*; L. Giampaolino, *Introduzione ad un corso sul project financing delle opere pubbliche: privato e pubblico nella disciplina dell'istituto*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, Anno XIII, n. 4, ottobre/dicembre 2005, p. 539 ss.; in giurisprudenza cfr., da ultimo, C. G. A. Reg. Siciliana 29 gennaio 2007, n. 19.

<sup>29</sup> *Ex multis*, sul concetto di "operatore del settore", C.G.A. Reg. Siciliana, 4 settembre 2007, n. 719.

---

<sup>30</sup> TAR Piemonte, Sez. II, 14 aprile 2003, n. 598; Cons. di Stato, Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316; TAR Lazio, Rm, Sez. III, 26 maggio 2006, n. 3917.

<sup>31</sup> TAR Puglia, Le, Sez. II, 19 aprile 2007, n. 1674.

<sup>32</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4463.

<sup>33</sup> In merito alla natura endoprocedimentale della aggiudicazione provvisoria, tra le tante, TAR Toscana, Fi, Sez. II, 13 febbraio 2004, n. 366 che ha affermato che “*Il verbale di aggiudicazione provvisoria di una gara si sostanzia in una proposta di aggiudicazione ed ha natura endoprocedimentale ed è inidoneo a produrre la lesione definitiva delle posizioni di interesse della ditta non vincitrice. Tale lesione si verifica soltanto con la aggiudicazione definitiva. Quest’ultima, che rende definitiva anche la lesione dell’interesse anche quando percepisce in toto i contenuti di quella provvisoria, contiene una nuova ed autonoma valutazione e non è mai atto meramente esecutivo e confermativo della provvisoria. Il ricorrente ha, pertanto, l’onere di impugnare anche l’aggiudicazione definitiva qualora abbia precedentemente impugnato quella provvisoria, pena l’inammissibilità del ricorso.*” In merito alla necessità di impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria, si veda TAR Campania, Na, Sez. I, 27 febbraio 2004, n. 2449 che ha sancito che “*Qualora il ricorrente impugni l’aggiudicazione provvisoria di una gara d’appalto, lo stesso è tenuto ad impugnare, a pena di improcedibilità del ricorso, anche l’aggiudicazione definitiva intervenuta successivamente alla notifica del ricorso. E’ principio giurisprudenziale consolidato che l’aggiudicazione definitiva non sia mai atto meramente confermativo ed esecutivo e che esso vada sempre fatto oggetto di impugnazione (anche utilizzando la proposizione di motivi aggiunti in pendenza di giudizio), e questo anche quando essa sembri costituire il frutto della mera ricezione dei risultati dell’aggiudicazione provvisoria e degli altri atti prodromici, poiché costituisce l’esito finale della sequenza procedimentale e consegue ad una autonoma e nuova valutazione della P.A. committente*”; in termini anche Cons. di Stato, V, 6 luglio 2002, n. 3717.

<sup>34</sup> In tal caso per “interesse giuridicamente qualificato” deve ritenersi, per l’appunto, quello dell’escluso. Non certo quello del concorrente che censura l’ammissione a concorrere di un altro operatore economico, in quanto tale *placet* diventa incidente e sfavorevole per taluno solo in caso di aggiudicazione dell’appalto a quel medesimo concorrente, cui pertiene il *placet* in parola, asserito *contra legem*.