



Trasparenza amministrativa e accesso agli atti nel nuovo codice appalti (d.lgs. n. 36.2023): l'accesso elettronico a piattaforme digitali, documenti informatici e algoritmi di gara

Descrizione

Trasparenza amministrativa e accesso agli atti nel nuovo codice appalti (d.lgs. n. 36.2023): l'accesso elettronico a piattaforme digitali, documenti informatici e algoritmi di gara.

di Andrea Altieri () e Dario Allegrucci (**)*

1. Principi generali in tema di trasparenza nei pubblici affidamenti – 2. *di*

Trasparenza e accesso agli atti: ambito applicativo. Dall'accesso documentale ex L. n. 241/90 all'accesso civico generalizzato introdotto con D.Lgs. n. 97/2016. – 3. Il diritto di accesso previsto dal D.Lgs. n. 36/2023: le novità normative. – 3.1. L'accesso all'algoritmo. – 3.2. – L'accesso differito. – 3.3. L'accesso e la riservatezza dei dati. – 4. Conclusioni.

1. Principi generali in tema di trasparenza nei pubblici affidamenti

Il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, che si concreta nell'attribuzione ai cittadini del potere di esercitare un controllo sostanziale sullo svolgimento dell'azione amministrativa e sulla conformità della stessa agli interessi sociali e ai precetti costituzionali, rappresenta oggi uno dei temi più attuali e discussi del dibattito giuridico.

Da un punto di vista semantico, il termine trasparenza individua la possibilità di indicare il fine e il mezzo dell'indagine conoscitiva racchiudendo, nelle sue diverse espressioni, sia un concetto dinamico (e complesso) di accesso alle informazioni, sia uno statico, in quanto principio ordinamentale che irradia e permea l'intera attività dei pubblici poteri.

È condiviso in dottrina come tale precetto, assunto oggi a regola generale del diritto amministrativo, concorra – seppur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, d'ufficio, statistico e di protezione dei dati personali – ad attuare i principi costituzionali di eguaglianza, d'imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel

servizio alla nazione.

È noto, inoltre, come la trasparenza sia condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, ed integri il diritto ad una buona amministrazione, concorrendo alla realizzazione di una Pubblica Amministrazione aperta ed al servizio dei cittadini ([1]).

La trasparenza, pertanto, rappresenta un principio fondamentale per l'attuazione del concetto di democrazia, in grado di distinguere gli orientamenti democratici da quelli autoritari ([2]), atteso che, in un regime liberale, l'esercizio del potere pubblico (ovvero la capacità della Pubblica Amministrazione di incidere unilateralmente nei confronti giuridici altrui) non può in alcun modo essere invisibile, ma, al contrario, prevedibile nella produzione dei suoi effetti; deve essere, inoltre, il risultato di un contemperamento di interessi nella sua fase procedimentale, affinché il provvedimento finale sia frutto di un iter nel quale è possibile e garantito il contraddittorio paritario tra i soggetti coinvolti; deve essere, infine, accessibile alla collettività, in quanto espressione di un potere amministrativo vicino al cittadino, democraticamente legittimo e legittimato.

L'art. 1 comma 1 della Legge n. 241/90 introduce espressamente il principio di trasparenza come regola di condotta generale della Pubblica Amministrazione insieme ai principi di semplificazione e pubblicità dell'agire pubblico, specificando che: *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*.

Tale statuizione soddisfa quindi l'esigenza di un controllo democratico da parte dei cittadini sull'attività della P.A., cui è imposto di pubblicare, comunicare o rendere accessibili notizie, documenti, atti o procedure volti al raggiungimento del corretto interesse pubblico.

Sul principio di trasparenza ha successivamente inciso la Legge n. 15/2005 con il precipuo scopo di garantire la conoscibilità esterna dell'azione amministrativa attraverso una serie di ulteriori strumenti, obblighi e divieti pendenti in capo alla Pubblica Amministrazione, tra cui certamente la comunicazione di avvio del procedimento, l'obbligo di motivazione (ex art. 3, L. n. 241/90), la partecipazione dei soggetti coinvolti attraverso un contraddittorio e con la previsione della figura di un responsabile del procedimento, nonché evidentemente, per quanto in questa sede di interesse, attraverso la possibilità di esercitare l'accesso nelle forme e nei modi previsti dagli artt. 22 e segg., L. n. 241/90, dall'art. 5, D.Lgs. n. 33/2013 e, non ultimo, dagli artt. 35 e 36, D.Lgs. n. 36/2023 in materia di appalti pubblici.

La necessità di assicurare piena trasparenza all'azione amministrativa si palesa, in particolare, nel settore dei pubblici affidamenti ove, in ragione dell'importanza degli interessi in gioco e del bisogno di effettiva concorrenza e competitività tra gli operatori economici, il legislatore nazionale ne garantisce la dovuta applicazione (v. *infra*); ([3]) nell'ambito di tali procedure, grande rilievo assume, infatti, la fase della *conoscenza* degli atti di gara attraverso la possibilità, da parte dei partecipanti, di ottenere dalla stazione appaltante la necessaria visibilità riguardo il rispetto dei criteri di aggiudicazione, anche al fine di comprendere se siano stati rispettati i principi basilari della "evidenza pubblica" ovvero la *par condicio* e la concorrenza tra i partecipanti. ([4])

In questo contesto, una generale applicazione di detti principi si rinveniva già nell'art. 29 del precedente Codice degli appalti (D.Lgs. n. 50/2016) ove veniva specificato che tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione e all'affidamento di

lavori, opere, servizi e forniture, oltre ai concorsi pubblici di progettazione, concorsi di idee e concessioni, nonché relativi alla composizione delle commissioni giudicatrici e ai *curricula* dei suoi componenti, dovessero essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente nella Sezione “Amministrazione trasparente”, nel rispetto delle disposizioni di cui al D.Lgs. n. 33/2013.

Tali disposizioni sono state sostanzialmente riprodotte dall’art. 28 del nuovo Codice (D.Lgs. n. 36/2023), il quale evidenzia che: *“le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, ove non considerati riservati ai sensi dell’articolo 35 ovvero secretati ai sensi dell’articolo 139, sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di cui all’articolo 25”*; il medesimo testo normativo chiarisce, inoltre, che: *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano il collegamento tra la sezione «Amministrazione trasparente» del sito istituzionale e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Sono pubblicati nella sezione di cui al primo periodo la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti, nonché i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione”*. [\[5\]](#)

L’importanza dei predetti adempimenti si comprende dai profili di responsabilità nascenti in caso di omessa pubblicazione delle dovute informazioni, [\[6\]](#) in linea con la necessità di garantire, in ogni fase delle procedure di affidamento, una sempre maggiore trasparenza della Pubblica Amministrazione nel perseguimento della corretta gestione delle risorse pubbliche (art. 97 Cost., comma 1). Tali norme sono di così chiara evidenza che la tutela è assicurata in ogni contesto, declinandosi in forme di responsabilità che si possono estendere in ambito penale, civile, erariale e disciplinare.

Occorre ricordare, inoltre, come la normativa sull’evidenza pubblica, nata per favorire l’economicità dell’azione amministrativa evitando sprechi e danni all’Erario, sia finita per divenire *modus agendi* tipico della P.A., *“in quanto modalità procedimentale idonea a garantire il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa, ma altresì di quelli di legalità, trasparenza e responsabilità (...) In altri termini, si può dire che la garanzia della legalità, trasparenza, efficacia ed efficienza dell’azione dei pubblici poteri (...) è connessa e funzionale alla tutela della concorrenza in tutti quei mercati contraddistinti dalla presenza di operatori pubblici (in quanto la legalità del loro agire adiuva la formazione, il consolidamento ed il miglioramento di un mercato concorrenziale). Ciò che si richiede, per l’appunto, è che l’azione amministrativa sia improntata al rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità e, quindi, conformata ai canoni della concorsualità”* ([\[7\]](#)).

La trasparenza si confermata, pertanto, in questo campo, un modello da perseguire costantemente per consentire all’ordinamento di realizzare le scelte rivolte alla cura dell’interesse generale e per ottenere, in particolare, attraverso norme e adempimenti specificamente previsti, la piena conoscibilità e la comprensibilità delle procedure di acquisto volte a realizzare imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa.

2. Trasparenza e accesso agli atti: ambito applicativo. Dall’accesso procedimentale ex L. n. 241/90 all’accesso civico generalizzato introdotto con D.Lgs. n. 97/2016

La possibilità di accedere agli atti costituisce la naturale declinazione del principio di trasparenza amministrativa.

L'istituto dell'accesso si presenta oggi in forma articolata e complessa, caratterizzato da una importante stagione di riforme normative volta ad offrire al cittadino nuove tipologie e differenti modalità di acquisire le informazioni di interesse da parte della P.A.

Di trasparenza (e accesso) si era occupata *in primis* la Legge n. 241/90 prevedendo, a seconda delle impostazioni e delle scuole di pensiero, un vero e proprio *diritto soggettivo* piuttosto che un *interesse legittimo* all'accesso endoprocedimentale ed esoprocedimentale agli atti, disciplinato, il primo, dall'art. 10, comma 1, lett. a) del citato testo normativo, il secondo dall'art. 22 della medesima fonte di regolazione; il tutto da esercitare con le modalità indicate dal successivo art. 25, come modificato dalla L. n. 15/2005 e L. n. 69/2009.

L'istituto in esame, cristallizzato all'interno della legge sul procedimento amministrativo, appare quindi strettamente connesso con l'imparzialità e la trasparenza della condotta pubblica, elementi necessari e valori primari dell'agire pubblico, in aderenza ai principi costituzionali di eguaglianza e buona amministrazione (artt. 3 e 97 Cost.) ([8]) in un rapporto di collaborazione e fiducia tra P.A. e cittadino, dove l'esercizio della discrezionalità amministrativa deve poter essere sempre valutato nella sua aderenza con l'interesse pubblico, sia nell'attività organizzativa del potere che in quella eminentemente pratica del rilascio di un titolo e/o di un comportamento assunto. ([9])

La giurisprudenza amministrativa ha originariamente qualificato il potere del privato di accedere agli atti (nella sua conformazione originaria e generale di cui al citato art. 22, L. n. 241/90) *“un autonomo diritto soggettivo all'informazione, non necessariamente ed esclusivamente funzionale alla tutela giurisdizionale, che può essere esercitato e tutelato per se stesso innanzi il giudice amministrativo, indipendentemente dal fatto che l'acquisizione della documentazione richiesta possa avvenire per eventuale ordine del giudice competente a conoscere delle controversie relative alle situazioni giuridiche sostanziali alle quali quella documentazione attiene o è connessa”*. ([10])

Ciononostante, nell'impostazione della richiamata disposizione normativa, il *diritto* di accesso non consente (né può comunque consentire) forme di *controllo generalizzato* sull'azione di un determinato ente e, men che meno, sul modo attraverso cui esso eroga i propri servizi alla collettività (v. *infra*). La disciplina procedimentale dell'istituto, infatti, ha sempre precluso in radice la possibilità di conoscere della generalità degli atti adottati dalla Pubblica Amministrazione attraverso forme di accesso comunque esercitate; particolarmente eloquente, in questo senso, è l'art. 24, co. 3 per il quale *“non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni”* e da cui si desume la necessità dell'evidenziazione e della rappresentazione di una ben precisa e sostanziale posizione legittimante (ossia di uno specifico nesso di strumentalità fra accesso e tutela giurisdizionale o fra accesso e partecipazione al procedimento amministrativo in termini di differenziazione).

In ragione delle predette disposizioni, la giurisprudenza ha ritenuto, in linea generale, che sia sempre consentito l'accesso a documenti amministrativi la cui conoscenza è necessaria per curare o difendere propri interessi giuridicamente tutelati; la posizione giuridica dell'accedente, infatti, è riconosciuta come diritto soggettivo a un'informazione qualificata *“a fronte del quale l'Amministrazione pone in essere un'attività materiale vincolata, essendo sufficiente che l'istanza di accesso sia sorretta da un interesse giuridicamente rilevante, così inteso come un qualsiasi interesse che sia serio, effettivo, autonomo, non emulativo, non riducibile a mera curiosità e ricollegabile all'istante da uno specifico nesso”*. ([11])

Tale diritto, invero, ferma la richiamata preclusione nei confronti di istanze ostensive generiche o massive, non è però stato sempre libero da restrizioni normative e giurisprudenziali, posto che, in ragione della presenza sovente di interessi opposti ugualmente meritevoli di tutela, non gli è stata riconosciuta la capacità, in assoluto, di spianare un qualsivoglia interesse contrario, pur se qualificato. In tal senso, *“nella scala gerarchica dei valori da considerare, in occasione della disamina dei motivi che giustificano una domanda di accesso, quelli legati alle esigenze di difesa del richiedente occupano un gradino elevato ma non tale, tuttavia, da prevalere sempre e comunque (e soprattutto acriticamente) su qualunque altro interesse, specie se contrapposto giacché invocato da chi, di contro, denuncia che, consentendosi l'accesso, si permetterebbe il disvelamento di propri dati, ritenuti sensibili, contenuti nella documentazione amministrativa da altri chiesta”*. ([12])

Se, dunque, l'interesse della parte contrapposta (titolare di un dato sensibile o super sensibile) può divenire cedevole rispetto a quello che anima la parte che ha chiesto l'accesso per propri motivi di difesa (e ciò, soltanto a cospetto del fatto che il documento di cui si pretende l'ostensione sia *“strettamente indispensabile”* a costruire e alimentare tale difesa) occorre, altresì, che la valutazione di tale *stretta indispensabilità* avvenga nel modo possibilmente più circoscritto e attento e non sia affermato, al contrario, sulla base di schematizzazioni formali ed astratte. ([13])

Sul punto, in disparte la normativa di dettaglio in materia di appalti pubblici (v. *infra*), è opportuno richiamare, preliminarmente, le direttrici fondamentali offerte dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in materia di accesso c.d. *difensivo* (cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., sent. n. 4/2021), ad avviso della quale *“si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso 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 richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare”*. ([14])

Ciò posto, diverge significativamente dal richiamato istituto, *“il diritto di accesso civico ai dati e ai documenti”* disciplinato dall'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 33/2013, secondo cui *“l'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”*.

Alla luce del citato disposto normativo, ben può comprendersi, sin d'ora, la rilevante differenza che esiste tra l'accesso proposto ex L. n. 241/90 (c.d. *accesso tradizionale*) ed il nuovo *accesso civico*, i quali, pur condividendo il medesimo tipo di tutela processuale, non possono considerarsi comunque sovrapponibili: il primo, infatti, come detto, è strumentale alla tutela degli interessi individuali di un determinato soggetto che si trova in una posizione differenziata (e qualificata) rispetto agli altri cittadini,

in ragione della quale ha il diritto di conoscere e di avere copia di uno o più documenti amministrativi; il secondo, al contrario, è azionabile da chiunque, senza la previa dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, senza dover motivare la richiesta e con la sola finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati che sono considerati dalle norme come pubblici e quindi conoscibili. ([15])

Le *differenze* con il diritto di accesso tradizionale attengono, principalmente, all'*oggetto*, alle *modalità* e ai *destinatari*; in relazione al primo aspetto, l'accesso civico si può estrinsecare solo nei confronti degli atti la cui pubblicazione sia obbligatoria ai sensi dello stesso decreto; sulle modalità di esercizio, la legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, poichè l'accesso civico “*consente ai cittadini e ad enti di controllare democraticamente se un'Amministrazione pubblica abbia adempiuto agli obblighi di trasparenza previsti dalla legge, segnatamente se abbia provveduto alla pubblicazione di documenti, informazioni o dati, sicché l'Amministrazione destinataria dell'istanza di accesso civico, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del D.Lgs. n. 33/2013, entro trenta giorni, deve pubblicare il documento, informazione o dato richiesto sul sito istituzionale, trasmettendolo contestualmente all'istante, ovvero comunicando a quest'ultimo il collegamento ipertestuale per l'accesso, con la precisazione che in tale ultimo modo la P.A. deve procedere allorché il documento, informazione o dato risulti già pubblicato nel rispetto della normativa vigente*”; ([16]) in ordine, infine, al destinatario della domanda, nell'accesso tradizionale essa viene presentata generalmente agli Uffici Relazioni con il Pubblico (anche se il responsabile dei relativi procedimenti è il vertice dell'Ufficio che ha formato l'atto o che detiene lo stesso stabilmente), mentre, nell'accesso civico, deve essere presentata al Responsabile per la trasparenza.

Differiscono, inoltre, i *presupposti* e le stesse *finalità* di tale seconda istanza ostensiva da parte degli interessati.

L'entrata in vigore del D.Lgs. 97/2016, introducendo il *diritto alla conoscibilità* dell'azione amministrativa per tutti i cittadini, sul modello del *total disclosure* di origine anglosassone del *Freedom of Information Act*, ha quindi ulteriormente rafforzato il dibattito sul tema della *nuova* trasparenza amministrativa. E' nata così una ulteriore possibilità di accedere agli atti delle Amministrazioni, codificata come “*accesso civico generalizzato*”, consistente nel “*diritto di chiunque di accedere ai dati ed ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti e ciò 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*”. ([17])

Il nuovo istituto si aggiunge, in tal modo, nel nostro sistema giuridico, “*quale ulteriore strumento di trasparenza dell'azione amministrativa, a quella che prevede gli obblighi di pubblicazione (articoli da 12 e ss. del d.lgs. n. 33 del 2013) e alla più risalente disciplina di cui agli articoli 22 e ss. della l. n. 241/1990 in tema di accesso ai documenti*”. ([18])

Esso mira a rafforzare il carattere democratico dell'ordinamento, promuovendo un dibattito pubblico informato e un *controllo diffuso* sull'azione amministrativa, allo scopo di tutelare le funzioni ordinamentali e di garantire il corretto utilizzo delle risorse pubbliche; chiunque quindi ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli già oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti ex art. 5-*bis* del citato D.Lgs. n. 33/2013. ([19])

Nonostante la portata indubbiamente ampia dell'accesso civico generalizzato, si è affermato in giurisprudenza, nel tempo, un orientamento volto a limitarne l'abuso ([20]) attraverso il diniego alla ostensione di atti in presenza di istanze *massive* formulate "*in pregiudizio al buon andamento della Pubblica amministrazione*" laddove si riversi su quest'ultima "*un onere oltremodo gravoso e tale da sottoporla ad attività incompatibili con la funzionalità dei suoi plessi e con l'economicità e tempestività della sua azione*", specialmente quando sia in gioco il coinvolgimento di un numero imprecisato di soggetti controinteressati. ([21])

Come ormai condiviso, la fattispecie in esame differisce, a sua volta, dalle due previgenti tipologie di accesso; ed infatti, a differenza del modello di accesso c.d. *tradizionale*, l'accesso civico *generalizzato* garantisce il bene *conoscenza* in via autonoma a prescindere dalla titolarità di un interesse qualificato e differenziato, mentre, rispetto al diritto di accesso civico *semplice* (che riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, ex art. 5, co. 1, cit. D.Lgs. n. 33/2013), il solo limite al diritto di conoscere è rappresentato dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dal citato art. 5-*bis*. ([22])

Ferma tale apertura operata da parte del legislatore, più volte la giurisprudenza amministrativa è intervenuta evidenziando anche i limiti di una ostensione *indiscriminata* degli atti; limiti previsti dallo stesso art. 5-*bis*, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013, mediante il rinvio integrale all'art. 24 della Legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. ([23])

Nella stessa produzione giurisprudenziale del Consiglio di Stato, in particolare, rilevano le seguenti argomentazioni: "*appare evidente che il legislatore, pur introducendo nel 2016 (l. 25 maggio 2016, n. 97) il nuovo istituto dell'accesso civico 'generalizzato', espressamente volto a consentire l'accesso di chiunque a documenti e dati detenuti dai soggetti indicati (...) e quindi permettendo per la prima volta l'accesso (ai fini di un controllo) diffuso alla documentazione in possesso delle amministrazioni (e degli altri soggetti indicati nella norma appena citata) e privo di un manifesto interesse da parte dell'accedente, ha però voluto tutelare interessi pubblici ed interessi privati che potessero esser messi in pericolo dall'accesso indiscriminato. Il legislatore ha quindi operato per un verso mitigando la possibilità di conoscenza integrale ed indistinta dei documenti detenuti dall'ente introducendo dei limiti all'ampio accesso (art. 5 bis, commi 1 e 2, del d.lgs. 33/2013) e, per altro verso, mantenendo in vita l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi e la propria disciplina speciale dettata dalla legge 241/1990 (evitando accuratamente di novellare la benché minima previsione contenuta nelle disposizioni da essa recate), anche con riferimento ai rigorosi presupposti dell'ostensione, sia sotto il versante della dimostrazione della legittimazione e dell'interesse in capo al richiedente sia sotto il versante dell'inammissibilità delle richieste volte ad ottenere un accesso diffuso*". ([24])

Anche dopo l'entrata in vigore delle norme che disciplinano l'accesso civico generalizzato, la giurisprudenza ha riscontrato, pertanto, un settore "a limitata accessibilità" nel quale continuano ad applicarsi le più rigide norme della Legge n. 241/1990.

3. Il diritto di accesso nel nuovo Codice degli appalti. Le novità in materia di digitalizzazione delle procedure.

L'istituto dell'accesso ai documenti codificato nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici (in precedenza disciplinato dall'art. 53, D.Lgs. n. 50/2016) è sempre risultato norma centrale, volta a consentire agli operatori economici la conoscenza della documentazione di gara presentata dai partecipanti alla procedura, favorendo, in tal modo, nelle opportune sedi, la tutela di una eventuale lesione dei propri interessi giuridici in caso di accertate violazioni compiute dalle stazioni appaltanti.

Va premesso, al riguardo, che, a decorrere dal 01.01.2024, entreranno in vigore le previsioni di cui agli articoli della Parte II libro I del Codice appalti, rubricata "*Della digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*" (artt. 19-36); disposizioni che, all'esito della loro definitiva attuazione, costituiranno un approdo di particolare rilievo e interesse per la materia dei pubblici affidamenti, i quali andranno ad essere interamente svolti attraverso un "*ciclo di vita digitale*" del procedimento amministrativo di aggiudicazione.

È lo stesso nuovo Codice a specificare come tale fase si esplichi, di norma, attraverso le attività di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione, svolte su *piattaforme e servizi digitali*; attività tra loro interoperabili nel rispetto delle previsioni del D.Lgs. n. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD).

L'art. 22 del D.Lgs. n. 36/2023 ha previsto, in particolare, l'"*Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)*" ovvero un modello costituito dalle piattaforme e dai servizi digitali infrastrutturali abilitanti la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici, e dalle piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti, le quali, nello specifico, consentono:

- a) la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale;
- b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici;
- c) l'accesso elettronico alla documentazione di gara;
- d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico;
- e) la presentazione delle offerte;
- f) l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale;
- g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.

Le piattaforme in oggetto sono costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti, al fine di assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici; esse interagiscono con i servizi

della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23, nonché con i servizi della piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del CAD. ([25])

In ragione di tale dettaglio tecnico e normativo, il nuovo Codice ha riservato una specifica previsione anche alla materia dell'accesso agli atti, stabilendo (art. 35) che le stazioni appaltanti debbano assicurare l'accesso delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici *in modalità digitale* mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle predette piattaforme di approvvigionamento ai sensi degli artt. 3-bis e 22 e segg. della Legge n. 241/90 e degli artt. 5 e 5-bis del D.Lgs. n. 33/2012. ([26])

Appare evidente l'attenzione riservata dal legislatore alle nuove modalità e caratteristiche dell'accesso sul presupposto di un procedimento amministrativo connotato da una piena *digitalizzazione* del ciclo di vita degli affidamenti pubblici.

La nozione di *documento amministrativo informatico* si presenta, pertanto, di particolare rilevanza ai fini della esatta perimetrazione (sotto il profilo oggettivo) delle istanze ostensive ai sensi della Legge n. 241/1990 e del D.Lgs. n. 36/2023. ([27])

Il CAD ha rappresentato, al riguardo, un approdo decisivo in tale direzione. ([28]) I diversi interventi di riforma della Pubblica Amministrazione susseguitisi nel corso degli ultimi decenni, fino alla Legge n. 124/2015, sono stati indirizzati, infatti, a tal fine; nella medesima direzione sono state rilevate le indicazioni provenienti dall'ordinamento della Unione Europea.

Dottrina e giurisprudenza hanno affrontato nel recente passato il caso di un procedimento amministrativo governato interamente da un elaboratore elettronico, interrogandosi sulle opportunità e sui vantaggi fornite dalle nuove tecnologie (anche in termini di sicurezza della gara e della inviolabilità dei sistemi), elaborando la nozione di "*e-government*" ovvero l'introduzione di modelli decisionali e di forme gestionali innovative, che si avvalgano *in toto* di tecnologie informatiche ed elettroniche.

Con il termine "*e-government*", in estrema sintesi, si vuole indicare il processo di informatizzazione della P.A. che, per usare le parole della Comunicazione della Commissione Europea del 26.09.2003, può essere definito come: "*l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche*". ([29])

Appare utile, sul punto, richiamare i principi espressi dal Consiglio di Stato secondo cui, per le c.d. gare *telematiche*, "*non sarebbe comunque, a rigore, nemmeno necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti*"; ([30]) tale conclusione rappresenta oggi un principio consolidato in giurisprudenza, in quanto lo svolgimento di una gara in modalità telematica mediante piattaforme di *e-procurement* consente di tracciare in modo inequivocabile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti garantendo una immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei

documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. ([31])

La gestione telematica della procedura, infatti, non solo consente di verificare tutte le operazioni compiute, tra cui l'apertura dei *files* contenenti le offerte, ma anche di garantire con certezza l'immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte medesime. ([32])

3.1. L'accesso all'algoritmo

Una prima importante riflessione attiene, in tale ottica, all'accessibilità agli atti rispetto a procedure svolte interamente su piattaforme digitali, con particolare riferimento all'accesso ai software di gestione e all'*algoritmo* di gara.

A livello informatico l'*algoritmo* può definirsi come una sequenza di istruzioni che può essere impiegata in un'attività di elaborazione dei dati. Un algoritmo è costituito da una serie di passi, ognuno dei quali è semplice e porta alla risoluzione del problema. ([33])

Riguardo alla possibilità di accedere ad algoritmi utilizzati per la aggiudicazione di appalti pubblici, in assenza ancora di specifiche indicazioni della giurisprudenza amministrativa e delle Autorità di settore, si richiamano, preliminarmente, i principi offerti da alcune recenti pronunce in tema di concorsi pubblici *informatizzati*, da ritenersi applicabili, ad avviso degli scriventi, anche alla fattispecie in esame. E' stato rilevato, al riguardo, come: *“sotto l'indicato specifico profilo del procedimento amministrativo e dell'accesso alla documentazione, il tenore testuale della lett. d) dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, come modificata e integrata dalla legge n. 15 del 2005, conduce a una nozione particolarmente estesa dell'atto amministrativo informatico, che tiene, pertanto, conto della sostanziale valenza amministrativa del documento piuttosto che della sua provenienza, atteso che è specificatamente previsto che sono ricompresi nella relativa nozione anche gli atti di natura privata quanto alla relativa disciplina sostanziale che, tuttavia, si inseriscono e utilizzano nell'ambito e per le finalità di attività a rilevanza pubblicistica, ossia gli atti funzionali all'interesse pubblico; deve, inoltre, ritenersi che vi sono, inoltre, ricompresi gli atti c.d. endoprocedimentali, ossia gli atti che si inseriscono all'interno del procedimento e rappresentano i singoli passaggi del relativo iter e che sono funzionalizzati all'adozione del provvedimento finale nonché anche gli atti cd. interni, ossia gli atti attraverso i quali l'amministrazione organizza la propria attività procedimentale”*. ([34])

Di particolare rilievo, inoltre, l'ulteriore specifica fornita dal Consiglio di Stato quando evidenzia *“gli indiscutibili vantaggi derivanti dalla automazione del processo decisionale dell'Amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso un “algoritmo” – ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande”*. ([35]) In tale contesto, il ricorso (e l'accesso) all'algoritmo *“va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere”*. ([36])

Muovendo da tale assunto, lo stesso Giudice amministrativo è concorde nel ritenere che il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione '*robotizzata*' (ovvero l'algoritmo) debba essere "conoscibile" secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. La conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al

procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. ([37]) Ciò, al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento informatizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa Amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare (e quindi sindacabili) le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. ([38])

In altri termini, la *caratterizzazione multidisciplinare* dell'algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la "formula tecnica", che di fatto rappresenta l'algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella "regola giuridica" ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice.

La regola algoritmica, inoltre, deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo.

La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica. ([39])

Per l'effetto, non può assumere rilievo l'eventuale opposta riservatezza dedotta dalle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati i quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, ne accettano evidentemente le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza. [40]

3.2. *L'accesso differito*

Fatta salva la disciplina prevista dal Codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il citato articolo 35 riporta significative novità anche in tema di differimento del diritto di accesso, chiarendo che esso è *differito*:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato 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; ([41])
- c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione;
- d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione;
- e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino

all'aggiudicazione.

Fino a tali termini, i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili in ragione del generale *principio di segretezza* delle operazioni concorsuali. ([42])

3.3. *L'accesso e la riservatezza dei dati*

Specifiche previsioni si rilevano, infine, per quanto concerne il contrapposto *principio di riservatezza* dei dati negli appalti pubblici, laddove, ferma la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso può essere escluso in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. [43]

Le stazioni appaltanti, al momento della pubblicazione sulla piattaforma dell'offerta dell'aggiudicatario, daranno anche indicazione riguardo ad eventuali richieste di oscuramento delle offerte, per cui queste si intenderanno valutate anche per le eventuali parti segrete presenti, per come indicate dall'operatore economico in sede di presentazione dell'offerta ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a).

Già nella fase procedimentale della valutazione delle offerte, infatti, la stazione appaltante ha modo di considerare la sussistenza e la rilevanza delle ragioni di segretezza dichiarate dai partecipanti per la presenza di segreti tecnici o commerciali; proprio per ottimizzare i tempi, quindi, già in tale fase potrà valutarsi se l'offerta, nel caso in cui dovesse risultare selezionata, potrà essere estesa a tutti i partecipanti nella sua interezza oppure andranno mantenute coperte, perché ritenute segrete, le parti indicate.

In caso di messa a disposizione sulla piattaforma dell'offerta selezionata, con indicazione delle parti oscurate, il procedimento di accesso nella sua fase amministrativa si intenderà concluso, motivo per cui coloro che hanno interesse a conoscere le parti riservate dovranno adire direttamente il giudice amministrativo.

Il nuovo Codice, inoltre, prevede tempi più ristretti per proporre ricorso avverso le parti considerate segrete anche dalla stessa P.A. all'esito della fase amministrativa, da notificare, ex art. 116, D.Lgs. n. 104/2010, entro dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90. ([44])

Onde evitare la pratica abbastanza diffusa tra gli operatori economici di indicare come segrete parti delle offerte senza che sussistano reali ragioni, ove l'Amministrazione ritenga insussistenti le ragioni di segretezza è previsto che la stazione appaltante o l'ente concedente possa inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento.

Il successivo articolo 36 prevede che l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione siano resi disponibili a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ex art. 90 attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata dalla stazione appaltante. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma i predetti atti di gara, nonché le offerte dagli stessi presentate. ([45])

Va ricordato, da ultimo, quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa in tema di possibilità di accesso civico generalizzato ai contratti pubblici ex art. 5, D.Lgs. n. 33/2013, il cui dibattito sul punto ha trovato conferma nella sentenza della Adunanza Plenaria Consiglio di Stato n. 10/2020. Tale pronuncia ha definitivamente riconosciuto la facoltà di conoscere da parte del “*quisque de populo*” gli atti della procedura di gara, compresi gli atti della fase esecutiva, nei limiti della tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti secondo quanto previsto dall’articolo 5-*bis* del citato D.Lgs. n. 33/2013.[\[46\]](#)

4. Conclusioni

La trattazione di cui al presente contributo ha evidenziato come la trasparenza e i suoi corollari si confermino, anche in un’epoca caratterizzata dal sempre maggiore ricorso a sistemi telematici e piattaforme digitali, un indispensabile strumento di garanzia per la correttezza dell’azione amministrativa e degli affidamenti pubblici; strumento necessario a tutelare, a livello procedimentale, il perseguimento non solo dei fini di economicità, efficacia ed efficienza, ma della legittimità stessa delle procedure di gara.

Il Consiglio di Stato ha puntualizzato nelle richiamate sentenze (Sez. VI, n. 2270 e n. 8474 del 2019) “*l’utilità di tale modalità operativa di gestione dell’interesse pubblico*” la quale “*è particolarmente evidente con riferimento a procedure, come quella oggetto del presente contenzioso, seriali o standardizzate, implicanti l’elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall’acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall’assenza di ogni apprezzamento discrezionale*”.

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde, quindi, ai canoni di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa (art. 1, Legge n. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), “*impongono alla Pubblica Amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l’accelerazione dell’iter procedimentale*”.

A seguito della pubblicazione della normativa anticorruzione del 2012 e della successiva campagna di sensibilizzazione volta soprattutto a rafforzare la legalità e l’etica negli appalti (da sempre uno dei settori maggiormente esposti alle influenze criminali) il perseguimento di tali principi ha assunto oggi particolare rilevanza; essi andranno necessariamente rispettati, pertanto, anche (e soprattutto) nei c.d. appalti minori (sottosoglia), ove la norma consenta un affidamento diretto, al fine di salvaguardare appieno una gestione sana ed efficiente della “*res publica*”.

Non da meno, in ragione della recente pubblicazione del nuovo Codice appalti e dei conseguenti possibili dubbi interpretativi riguardo alcuni suoi istituti fondamentali, appare necessario perseguire sempre più a fondo, accanto al dettato normativo, il rispetto dei codici di comportamento e delle comuni regole etiche degli operatori pubblici, al fine di scongiurare i gravi rischi e le molteplici responsabilità connesse ad un uso distorto dell’azione amministrativa e delle risorse pubbliche.

Il D.Lgs. n. 36/2023 si è posto in tale ottica l’obiettivo di dare sempre maggiore rilievo ai principi di massima trasparenza, concorrenza, efficacia, finalizzati al *raggiungimento del risultato*, efficiente e celere, in quanto tale espressione di valori direttamente richiamati nella nostra Carta Costituzionale. ([\[47\]](#)) Tali principi sono racchiusi nell’articolo 1 del Codice, rubricato eloquentemente “*Principio del risultato*”, secondo cui: “*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”.

”, specificando ulteriormente che la trasparenza è funzionale “*alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole*”.^[48]

Le novità introdotte dal nuovo Codice segnano quindi un importante superamento della concezione plastica della Pubblica Amministrazione, nel solco della progressiva modernizzazione degli apparati burocratici dello Stato; a quest’ultima, infatti, non è più richiesta la mera applicazione dei principi di trasparenza e accessibilità, bensì una vera e propria inclusione della collettività all’interno dei processi decisionali nell’ottica del perseguimento di un vincolo teleologico *rafforzato*, atteso che non è più sufficiente la sola realizzazione del pubblico interesse, ma è richiesto uno scopo “*performance oriented*”, ovvero un risultato raggiunto con la massima tempestività e nel miglior rapporto costi-benefici possibile.

* Docente di diritto amministrativo, avvocato patrocinante in cassazione. Direttore del Master Universitario in “Anticorruzione e appalti pubblici” presso l’Università degli Studi “Link” di Roma.

** Capitano della Guardia di Finanza, Socio del Centro Studi Borgogna.

[1] Cfr. A. ALTIERI, “*Brevi riflessioni in materia di legalità e lotta alla corruzione negli appalti pubblici*”, in Atti del Convegno “Per la legalità e il lavoro, lotta alla corruzione, all’evasione al riciclaggio ed alla criminalità organizzata”, Roma, 07.10.2014, Contributo pubblicato su www.contabilita-pubblica.it, 18.12.2014.

[2] Nota è la definizione di *democrazia* offerta da Norberto Bobbio, il quale la qualifica come “*governo del potere pubblico in pubblico*” in cui gli atti si svolgono in pubblico e sotto il controllo della pubblica opinione. Sulla stessa linea, G. CORSO, “*Potere politico e segreto*”, in F. MERLONI (a cura di), “*La trasparenza amministrativa*”, Milano, Giuffrè, 2008, p. 268; l’Autore ricorda che uno dei “*criteri per distinguere il regime democratico dal regime autocratico è proprio il diverso rapporto, il diverso dosaggio tra pubblicità e segretezza*”; G. PITRUZZELLA, “*Voce Segreto – Profili Costituzionali*”, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1992, p. 2, sottolinea come il fondamento ultimo del principio di pubblicità delle attività delle istituzioni si ricava dall’art. 1, co. 2 Cost., intesa come norma di riconoscimento del popolo quale soggetto originario che, in quanto tale, svolgerebbe una continua attività di legittimazione delle istituzioni governanti. Da ciò la necessità di mantenere un costante flusso di informazioni tra le istituzioni e il popolo sovrano.

[3] A partire dal 2012, invero, la nuova disciplina in tema di anticorruzione voluta dal legislatore nazionale per rendere ancora più stringente il richiamo alla supremazia della legge e al rispetto dell’etica (L. n. 190/2012), oltre che per realizzare appieno gli obiettivi di garanzia della legalità e della cultura dell’integrità auspicati in sede nazionale ed europea, ha inciso in molti ambiti del diritto; l’attenzione è stata rivolta, in particolare, al settore degli appalti pubblici nel quale l’utilizzo illegittimo e distorto del denaro pubblico, non solo vulnera costantemente valori primari di rilievo costituzionale quali il rispetto dell’equilibrio di bilancio, il buon andamento e l’imparzialità della Pubblica Amministrazione (artt. 81, 97, 98 Cost.), ma mina alla base importanti principi fondamentali di matrice comunitaria volti alla tutela del mercato e della concorrenza.

[4] Cfr. Relazione Illustrativa al Codice dei Contratti Pubblici.

[5] Cfr. Delibera ANAC n. 264 del 20.06.2023, con cui l’Autorità, in attuazione ai poteri conferiti, ha

individuato puntualmente le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici che rilevano ai fini dell'assolvimento degli obblighi di pubblicazione di cui al D.Lgs. n. 33/2013. Tale provvedimento individua gli atti, le informazioni e i dati relativi al ciclo di vita dei contratti pubblici oggetto di trasparenza ai fini e per gli effetti dell'articolo 37 del decreto trasparenza e dell'articolo 28, statuendo gli obblighi e le modalità di pubblicazione, i tempi minimi di ostensione dei documenti e le modalità di accesso, facendo rimando a quanto già previsto per l'esercizio di tale, imprescindibile, diritto.

[6] Cfr. *ex multis* Corte dei conti, Sezione Giurisd. per il Lazio, sentenza n. 323/2016.

[7] Cfr. Corte dei conti, Sez. Giurisd. per la Campania, sent. n. 141/2013; id. Sez. Giur. Lombardia, sent. n. 447/2006; cfr. inoltre, Sez. Giurisd.le per la Calabria, sent. n. 422/2020.

[8] Cfr. F. CARINGELLA, *“Manuale di Diritto Amministrativo”*, Roma, 2023.

[9] Cfr., *amplius*, M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P.M. ZERMAN, *“Manuale di diritto amministrativo”*, Giuffrè, Milano, 2012.

[10] *Ex multis*, Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 216/1994 e Sez. IV, sent. n. 728/1994.

[11] Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 1768/2014.

[12] Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 1692/2017. Secondo l'interpretazione prevalente del Consiglio di Stato, pertanto, lo strumento attraverso il quale contemperare, in concreto, la contrapposizione tra interesse defensionale e interesse alla riservatezza è costituito dal parametro della *“stretta indispensabilità”* di cui all'art. 24, co. 7, L. n. 241/90, giacché esso è quello che, secondo i Giudici amministrativi, *“proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte – mossa dall'esigenza di ‘curare o difendere propri interessi giuridici’ – rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di ‘curare o difendere propri interessi giuridici’ legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso”*.

[13] Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, sent. n. 3631/2016, sui limiti del diritto dei giornalisti di accedere agli atti della Pubblica Amministrazione al fine di esercitare il diritto di cronaca (fattispecie relativa alla istanza di un giornalista tendente ad ottenere dal Ministero dell'Economia copia dei contratti derivati stipulati con Istituti di credito stranieri).

[14] Cfr. anche Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 2655/2022. Il Collegio rileva come parametro di riferimento sia la sentenza n. 4/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale presuppone: a) la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici; b) la verifica della sussistenza di un interesse legittimante, dotato delle caratteristiche della immediatezza, della concretezza e dell'attualità. La sussistenza di un nesso di necessaria strumentalità impone al richiedente di motivare la propria richiesta di accesso, rappresentando in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione elementi che consentano all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione *“finale”* controversa. Secondo l'Adunanza Plenaria non è a tal fine sufficiente il generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente

oppure ancora instaurando.

[15] Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che, attraverso tale obbligo di ostensione, il legislatore italiano abbia voluto modificare la prospettiva stessa del diritto di accedere agli atti, posto che le disposizioni dettate con il D.Lgs. n. 33/2013 in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle P.A. disciplinano ora fattispecie nuove rispetto a quelle che consentivano in passato l'accesso ex artt. 22 e segg., L. n. 241/90.

[16] Cfr., T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. II, sent. n. 1671/2015.

[17] Cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, sent. n. 234/2018.

[18] Cfr. T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VI, cit. sent. n. 5901/2017.

[19] Cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen. sent. n. 10/2020, la quale ammette, all'esito di un articolato percorso giurisprudenziale, l'accesso civico generalizzato negli appalti pubblici. Si riportano di seguito i principi posti a fondamento della decisione del Collegio: *“la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento; (...) la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza”*. Cfr., inoltre, A. ALTIERI, *“L'istituto dell'accesso civico generalizzato nelle procedure di affidamento e negli appalti pubblici”* su www.contabilita-pubblica.it del 28.06.2019.

[20] *“L'accesso generalizzato deve essere riguardato come estrinsecazione di una libertà e di un bisogno di cittadinanza attiva, i cui relativi limiti debbono essere considerati di stretta interpretazione e possono essere individuati solo nei ristretti limiti previsti dal legislatore”*, così T.A.R. Lazio, Sez. I-ter, sent. n. 4103/2021.

22 Cfr. T.A.R. Abruzzo – Pescara, Sez. I, sent. n. 503/2021.

[22] L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di rafforzare (ulteriormente) lo strumento della trasparenza, posto oggi a baluardo e tutela anche della lotta alla corruzione, attraverso il riordino in un unico corpo normativo delle numerose disposizioni vigenti in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità a carico delle Pubbliche Amministrazioni e la standardizzazione delle modalità attuative della pubblicazione, che avviene attraverso il sito istituzionale della P.A.

[23] Cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio Sez. I-bis, sent. n. 1779/2023.

[24] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 651/2018, richiamato da cit. T.A.R. sent. n. 1779/2023.

[25] Le stazioni appaltanti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26. Esse non possono alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza, né modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara.

[26] Il richiamo agli articoli 5 e 5-bis del D.Lgs. n. 33/2013 codifica di fatto il diritto per tutti i cittadini di esercitare l'accesso civico generalizzato sugli atti di gara, seppur nei limiti previsti dalla normativa (v. *supra*).

[27] Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III-bis, sent. n. 3769/2017, secondo cui, *“rispetto all’atto materialmente redatto mediante lo strumento informatico (e, quindi, sostanzialmente con un programma di videoscrittura), si pone ad un altro livello, infatti, il c.d. atto a elaborazione elettronica, ossia l’atto amministrativo che è predisposto mediante il computer; in questo caso l’elaborazione del contenuto dell’atto viene affidata interamente allo strumento informatico e, quindi, in definitiva alla macchina, la quale provvede direttamente al reperimento, al collegamento e alla interrelazione tra norme e dati assumendo, conseguentemente, un ruolo strumentale rispetto all’atto amministrativo conclusivo. Nella predetta fattispecie è l’elaborazione stessa del contenuto dell’atto che si svolge elettronicamente; elaborazione che consiste, appunto, nello svolgimento dell’iter logico che conduce alla redazione dell’atto finale in relazione al rispettivo contenuto e che concretizza la sua motivazione”*. Il documento finale che contiene la predetta elaborazione, invece, può avere qualsiasi forma ammessa dall'ordinamento e, quindi, essere anche cartaceo, come avviene negli atti amministrativi di stampo tradizionale. Alla luce di tale differenziazione tra la forma elettronica dell'atto e l'elaborazione elettronica del medesimo, secondo una parte della dottrina solo l'atto amministrativo in forma elettronica è definito atto amministrativo informatico in senso stretto, escludendo, pertanto, dalla riconducibilità alla predetta fattispecie l'atto amministrativo a elaborazione elettronica, con le relative possibili conseguenze anche sotto il profilo che interessa dell'accesso agli atti.

[28] Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD) è un testo unico che riunisce e organizza le norme riguardanti l'informatizzazione della Pubblica Amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese. Istituito con D.Lgs. n. 82/2005, è stato successivamente modificato e integrato prima con il D.Lgs. n. 179/2016 e poi con il D.Lgs. n. 217/2017 per promuovere e rendere effettivi i diritti di cittadinanza digitale.

[29] Cfr. Comunicazione della Commissione Europea del 26.09.2003 *«Il ruolo dell'e-governement per il futuro dell'Europa»*.

[30] Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 627/2021.

[31] Il Consiglio di Stato ha chiarito come *“il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema*

elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 5388/2017).

[32] Cfr., inoltre, Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 4050/2016, *“rispetto ad una tradizionale gara con invio cartaceo, l'utilizzo di una piattaforma informatica e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e pec) rendono l'iter di gara più sicuro garantendo l'inviolabilità e la segretezza delle offerte”*.

[33] In un algoritmo è possibile definire dei cicli, che ripetono più volte i passi, e delle condizioni: in pratica alcuni passi possono essere eseguiti solo sotto determinate ipotesi.

[34] Cfr. T.A.R. Lazio Sez. III-bis, sent. n. 7769/2021.

[35] Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 2270/2019, secondo cui l'utilizzo di procedure telematiche non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa. Difatti, la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva. Questa regola algoritmica, quindi:

- possiede una piena valenza giuridica e amministrativa, anche se viene declinata in forma matematica, e come tale, come si è detto, deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa, quali quelli di pubblicità e trasparenza (art. 1, L. 241/90), di ragionevolezza, di proporzionalità, etc.;
- non può lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili (e ciò la rende in parte diversa da molte regole amministrative generali); la discrezionalità amministrativa, se senz'altro non può essere demandata al software, è quindi da rintracciarsi al momento dell'elaborazione dello strumento digitale;
- vede sempre la necessità che sia l'Amministrazione a compiere un ruolo ex ante di mediazione e composizione di interessi, anche per mezzo di costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo (soprattutto nel caso di apprendimento progressivo e di deep learning);
- deve contemplare la possibilità che – come è stato autorevolmente affermato – sia il giudice a “dover svolgere, per la prima volta sul piano ‘umano’, valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica”, con la conseguenza che la decisione robotizzata “impone al giudice di valutare la correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti”.

In definitiva, dunque, l'algoritmo, ossia il software, deve essere considerato a tutti gli effetti come un “atto amministrativo informatico”.

[36] Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 8474/2019. Il Collegio ritiene che non vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

[37] In tale contesto, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, ad avviso del Giudice amministrativo assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, *“due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo”* (cit. Cons. di Stato n. 8474/2019).

[38] Relativamente ad una procedura concorsuale pubblica svoltasi con modalità interamente telematiche, il T.A.R. Lazio, ribadendo sotto il profilo oggettivo la riconducibilità del c.d. “codice sorgente” del programma informatico utilizzato per lo svolgimento della prova scritta nel *genus* dei documenti accessibili ex L. n. 241/90 (e ciò sulla base *“della sostanziale valenza amministrativa del documento piuttosto che della sua provenienza”*) ha precisato che l'ostensione del *codice sorgente* non presenta particolari criticità ai fini del rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali. Ciò, in virtù della distinzione tra programma informatico (inteso come *“mero testo di un algoritmo di calcolo di un programma scritto in linguaggio di programmazione che definisce il flusso di esecuzione del programma stesso”*) e contenuto elaborato tramite il programma informatico (inteso come dati, documenti, provvedimenti, etc.), la cui *“autenticità, integrità, affidabilità, leggibilità, reperibilità”* deve essere assicurata dall'Amministrazione mediante il sistema di conservazione dei documenti informatici di cui all'art. 44 del CAD. Sempre sotto il profilo della riservatezza, stavolta declinata in termini di tutela del *know how* del soggetto sviluppatore del software. Il T.A.R. ha precisato che, nel momento in cui l'algoritmo diviene strumento dell'azione amministrativa, esso *“è diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione”*, come tale non potendo essere secretato al di fuori dei casi tassativi espressamente contemplati dalle norme (di stampo pubblicistico) riguardanti l'accesso ai documenti amministrativi detenuti dalla P.A. (T.A.R. Lazio Sez. III-bis, cit. sent. n. 7769/2021).

[39] Cit. Cons. di Stato, Sez. VI, sent. n. 2270/2019.

[40] Con la citata sentenza n. 8474/2019, il Consiglio di Stato si è posto anche il problema della gestione dei dati relativi ai soggetti coinvolti, specificando che, ad oggi, *“nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento”*.

Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi. In particolare, in maniera innovativa rispetto al passato, gli articoli 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato, sia che la raccolta dei dati venga effettuata direttamente presso l'interessato sia che venga compiuta in via indiretta.

Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire “informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato”. In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all’interno del Regolamento”.

[41] Ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito invece l’accesso all’elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale da parte delle stazioni appaltanti dei nominativi dei candidati da invitare.

[42] Di particolare rilievo e per determinati aspetti ancora applicabili, ai fini della effettiva conoscibilità dei dati e dei documenti delle procedure concorsuali pubbliche sono stati i seguenti principi di diritto affermati dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 12/2020, nel periodo di vigenza del vecchio D.Lgs. n. 50/2016:

“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’.

[43] Lo stesso accesso è precluso in relazione: ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all’applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell’esecuzione e dell’organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante, ove coperte da diritti di privativa intellettuale.

[44] Al fine di tutelare anche le ragioni del partecipante alla gara, il quale ha formulato espressa richiesta di oscuramento a norma dell’art. 35, comma 4, lett. a), nel caso in cui l’Amministrazione ritenga di non condividere le ragioni di segretezza rappresentate dall’offerente selezionato o anche dagli altri 4 collocatisi in graduatoria dopo il primo, al fine di dare tutela anche alle ragioni di

riservatezza rappresentate dagli stessi, le parti oscurate saranno rese disponibili solo dopo che siano decorsi i termini per adire il giudice amministrativo.

[45] Nella comunicazione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 36, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a).

[46] Cfr. cit. Relazione Illustrativa al Codice dei contratti pubblici.

[47] Francesco CARINGELLA, Presidente della V Sezione del Consiglio di Stato, esprimendosi durante il Convegno "Nuovo codice dei contratti pubblici", tenutosi a Cagliari il 9/10 giugno 2023, affermava che: *"la centralità plastica del principio di risultato di cui all'articolo 1 dimostra, infatti, che il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (cd. "concorrenza imposta" agli agenti pubblici, naturaliter refrattari alle logiche della competizione e alla pressione del mercato), ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. Cura concreta degli interessi pubblici, non tutela della "competition"; felicità dei cittadini, non benessere degli operatori economici; realizzazione, non procedura; diritto sostanziale, non gingillo procedimentale; anelito, non regolamentazione"*, ulteriormente sottolineando come: *"si tratta di un cambio di paradigma normativo che è anche politico, nel senso che in esso sono sottesi indirizzi e traguardi da perseguire e raggiungere (...) Il diritto dei contratti pubblici – da essere un settore del diritto comunitario della concorrenza, diventa un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale. La concorrenza cessa di essere un fine per diventare un mezzo per raggiungere l'interesse pubblico attraverso contratti utili e produttivi; mentre la procedura costituisce la strada per centrare l'obiettivo del benessere sociale, per tutelare gli interessi degli operatori economici, essere, in definitiva, mezzo per le utilità collettive per cui la concorrenza cessa di essere un fine per diventare un mezzo per raggiungere l'interesse pubblico attraverso contratti utili e produttivi"*.

[48] In tale ottica il cittadino si conferma perno centrale dell'azione amministrativa, strumento di supporto alla migliore e più corretta realizzazione dell'interesse pubblico.

Data di creazione

2023/11/10