

Il procedimento di accesso agli atti delle procedure contrattuali nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36 del 2023)

L'accesso agli atti delle procedure contrattuali non è nuovo alla sperimentazione normativa di moduli procedimentali *sui generis* che lo differenziano dai modelli tradizionali di procedimento amministrativo.

Il d.lgs. n. 36 del 2023 ha introdotto nuovi elementi di “specialità” nel procedimento di accesso agli atti delle procedure contrattuali, per un verso confermando (con alcune importanti modifiche) il “diritto di informazione” dei candidati e degli offerenti (art. 36, commi 1 e 2 e art. 90) e, per altro verso, spingendosi sino a prevedere una sorta di de-procedimentalizzazione dell'accesso alle offerte contenenti “segreti tecnici o commerciali” (art. 36, comma 3).

Con il presente contributo si intende approfondire gli elementi di “specialità” del procedimento di accesso agli atti delle procedure contrattuali, verificando il loro rapporto con le modalità di esercizio del diritto di accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice.

Sommario: 1. Premessa. 2. Il diritto di informazione dei candidati e degli offerenti ex art. 36, commi 1 e 2, e art. 90 del Codice. 3. Il diritto di accesso nei casi in cui non opera il diritto di informazione ex art. 36, commi 1 e 2, e art. 90 del Codice. 3.1. Il procedimento “ordinario” per l'accesso agli atti della procedura contrattuale. 3.2. Il procedimento “speciale” ex art. 36, comma 3, del Codice per l'accesso ai documenti per i quali si pone la questione del “segreto tecnico o commerciale”. 4. Modalità di esercizio dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice. 4.1. Profili sostanziali dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice. 4.2. Il procedimento di accesso difensivo nel vigore dell'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016. 4.3. Il procedimento di accesso difensivo ex art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023. 4.4. Le fasi del procedimento di accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice.

1. Premessa.

L'aspirazione ad una maggiore "semplificazione" ed "accelerazione" delle procedure di scelta del contraente ha indotto il legislatore ad immaginare nuovi percorsi procedurali per l'esercizio del diritto di informazione e di accesso ai relativi atti, nel convincimento che un miglioramento dei meccanismi di trasparenza possa agevolare l'attuazione anche di altri principi generali affermati dal Codice ed in particolare, i principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2, comma 1) e dell'accesso al mercato (art. 3) ¹.

In questo senso, al di là dell'annosa questione della natura giuridica del diritto di accesso ed in disparte la peculiare valenza "civica" dell'accesso ex d.lgs. n. 33 del 2013, riemerge chiaramente il carattere "strumentale" di tale diritto rispetto alla tutela di altri e sottostanti interessi individuali giuridicamente rilevanti, che nel settore dei contratti pubblici sono rappresentati dall'interesse (pubblico e privato) al regolare e proficuo svolgersi del mercato e della concorrenza ².

Non vi è dubbio, invero, che un procedimento che consenta agli operatori di accedere in modo semplice e veloce agli atti della procedura contrattuale giovi anche alla semplificazione ed alla accelerazione della procedura di scelta del contraente.

Aggiungasi che l'accesso agli atti serve anche a dare "certezza" alla procedura, atteso che dal momento in cui gli operatori acquisiscono la loro conoscenza essi possono far valere le loro pretese in sede giudiziale, proponendo le impugnative nei termini di legge ³.

¹ Come osservato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato costituita per la formulazione del progetto del nuovo Codice dei contratti pubblici, "semplificazione" e "accelerazione" sono "parole chiave" spesso utilizzate nel settore dei contratti pubblici, a cui il nuovo Codice ha inteso dare un senso effettivo (Relazione allo schema definitivo del Codice dei contratti del 7 dicembre 2022, pag. 10).

² Sulla natura "strumentale" del diritto di accesso vedi Cons. St., A.P., 18 aprile 2006, n. 6 e 20 aprile 2006, n. 7: << *Trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi).. >>.*

³ Vedasi, al riguardo, l'art. 120, comma 2, del Codice del processo amministrativo (come riformato dal d.lgs. n. 36 del 2023): *"Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto di attuazione della legge n. 78 del 2022 oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice."*

Ed è proprio per queste sue caratteristiche di “strumentalità” rispetto alle suddette esigenze di celerità e certezza, che l’accesso agli atti non è nuovo alla sperimentazione normativa di moduli procedimentali *sui generis* che lo differenziano dai modelli tradizionali di procedimento amministrativo.

Basti pensare alla deroga alla forma scritta per l’“accesso informale” previsto dall’art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006 ⁴, alla deroga all’obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza ex art. 10 bis legge n. 241 del 1990 ⁵ e al meccanismo del silenzio-diniego di cui all’art. 25, comma 4, legge n. 241 del 1990 ⁶.

Sperimentazioni procedimentali che, proprio per la peculiarità degli interessi sottesi al settore, hanno interessato ancor di più l’attività amministrativa di scelta del contraente, per le quali l’ordinamento ha previsto, sin dal primo Codice dei contratti (d.lgs. n. 163 del 2006) e poi anche con il secondo (d.lgs. n. 50 del 2016), particolari meccanismi di acquisizione della conoscenza degli atti della procedura, tali da configurare per i candidati e per gli offerenti un vero e proprio “diritto di informazione” ⁷.

Ciò, ovviamente, se e nella misura in cui il soddisfacimento delle esigenze di conoscenza degli atti della procedura non sia già avvenuto con la loro pubblicazione, visto che buona parte degli atti relativi alle procedure contrattuali soggiace ad un regime di pubblicità legale che li rende conoscibili a chiunque ⁸.

⁴ L’art. 5, comma 1, d.P.R. 184 del 2006 prevede che la richiesta possa essere “*anche verbale ..*” ed il successivo comma 3 stabilisce che “*La richiesta, esaminata immediatamente e senza formalità, è accolta mediante indicazione della pubblicazione contenente le notizie, esibizione del documento, estrazione di copie, ovvero altra modalità idonea.*”.

⁵ La giurisprudenza, dopo qualche iniziale tentennamento (T.a.r. Cagliari sez. II 16 febbraio 2006, n. 232; Bari sez. III 4 giugno 2008, n. 1388), è oggi saldamente orientata a ritenere inapplicabile l’art. 10 bis legge n. 241 del 1990 al procedimento di accesso, in considerazione delle peculiarità del relativo procedimento, che non si concilia con la fase endoprocedimentale prevista dalla norma (T.a.r. Salerno sez. I 27 dicembre 2021, 2919; Pescara sez. I 25 ottobre 2021, n. 431; Trieste sez. I 13 settembre 2021, n. 267; Genova sez. I 25 marzo 2021, n. 258; Brescia sez. II 8 settembre 2015, n. 1171; Roma sez. I 17 settembre 2013, n. 8309).

⁶ L’art. 25, comma 4, legge n. 241 del 1990 prevede che “*Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta.*”.

⁷ Il riferimento è all’art. 79, comma 5 quater, d.lgs. n. 163 del 2006 (Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni) e all’art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016 (Informazione dei candidati e degli offerenti).

⁸ Si vedano gli articoli 6, 7, 9, 9 bis, 23, 37 e 38 del d.lgs. 13 marzo 2013, n. 33 e gli articoli 19, 20, 22, 23, 25, 27, 28, 29 e 37 del nuovo Codice dei contratti.

Il d.lgs. n. 36 del 2023 introduce nuovi elementi di “specialità” del procedimento di accesso agli atti delle procedure contrattuali, per un verso confermando (con alcune importanti modifiche) il “diritto di informazione” dei candidati e degli offerenti (art. 36, commi 1 e 2 e art. 90) e, per altro verso, spingendosi sino a prevedere una sorta di de-procedimentalizzazione dell’accesso a quei documenti che statisticamente rappresentano la fattispecie più problematica e foriera di contenzioso giudiziale, ovvero l’accesso alle offerte contenenti “segreti tecnici o commerciali” (art. 36, comma 3).

Le considerazioni che seguono riguardano gli elementi di “specialità” introdotti dal nuovo Codice sul piano strettamente procedimentale.

2. Il diritto di informazione dei candidati e degli offerenti ex art. 36, commi 1 e 2, e art. 90 del Codice.

L’articolo 36, commi 1 e 2 e l’art. 90 del Codice dei contratti⁹ contengono una nuova disciplina del “diritto di informazione” dei candidati e degli offerenti in ordine agli atti della procedura contrattuale a cui hanno partecipato, in attuazione dell’art. 55, comma

⁹ Art. 36 d.lgs. n. 36 del 2023 (Norme procedimentali e processuali in tema di accesso): “1. L’offerta dell’operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale di cui all’articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell’aggiudicazione ai sensi dell’articolo 90. 2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate.”. Art. 90 d.lgs. n. 36 del 2023 (Informazione ai candidati e agli offerenti): 1. Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall’adozione: a) la motivata decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione, corredata di relativi motivi, a tutti i candidati o offerenti; b) l’aggiudicazione all’aggiudicatario; c) l’aggiudicazione, il nome dell’offerente cui è stato aggiudicato l’appalto o parti dell’accordo quadro, a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un’offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; d) l’esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell’offerta; e) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l’aggiudicatario, ai soggetti di cui alla lettera c). 2. Le comunicazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fermo restando quanto stabilito all’articolo 18, comma 1. 3. Fermo quanto disposto dall’articolo 35, le stazioni appaltanti non divulgano le informazioni relative all’aggiudicazione degli appalti, alla conclusione di accordi quadro o all’ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui ai commi 1 e 2, se la loro diffusione ostacola l’applicazione della legge o è contraria all’interesse pubblico, o pregiudica i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell’operatore economico selezionato, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.”.

2, lett. c) e d) della Direttiva 2014/24/UE (Informazione dei candidati e degli offerenti) ¹⁰.

Le norme suddette si differenziano rispetto al regime previgente (art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016) sotto due profili: vengono riorganizzati i casi di comunicazione d'ufficio per iniziativa della stazione appaltante in considerazione delle nuove norme sul procedimento e sul processo previste dall'art. 36; le "comunicazioni su richiesta" dei candidati e degli offerenti vengono sostituite dall'"acquisizione diretta" delle informazioni mediante la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25.

Ne consegue, tra l'altro, che mentre nel regime previgente il "diritto di informazione" consisteva sempre nel diritto di ricevere una comunicazione personale (e ciò sia nelle comunicazioni d'ufficio, sia in quelle su richiesta), ora tale modalità permane soltanto per le comunicazioni d'ufficio di cui all'art. 90 del Codice, mentre per le restanti, il diritto viene esercitato con l'acquisizione diretta delle informazioni in via telematica.

Il nuovo sistema del "diritto di informazione" dei candidati / offerenti è quindi improntato ad un doppio binario: a) acquisizione diretta delle informazioni su iniziativa dei candidati/offerenti mediante la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 (art. 36, commi 1 e 2) ¹¹; b) comunicazioni digitali d'ufficio per iniziativa della stazione appaltante nei casi previsti dall'art. 90 Codice.

Non è scopo del presente contributo commentare ogni singolo aspetto delle predette norme, ma soffermarsi unicamente sugli aspetti procedurali.

¹⁰ L'art. 55, comma 2, lett. c) e d) della Direttiva 2014/24/UE prevede quanto segue: *"Su richiesta del candidato od offerente interessato, l'amministrazione aggiudicatrice comunica quanto prima, e in ogni caso entro quindici giorni dalla ricezione di una richiesta scritta: c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro; d) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, lo svolgimento e l'andamento delle negoziazioni e del dialogo con gli offerenti."*

¹¹ Si è parlato, al riguardo, di un << sistema di accesso automatico e immediato (senza onere di richiesta) >> (Sandulli M.A., Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo Codice, Federalismi n. 8/2023) ed anche di << ostensione "preventiva" di documenti potenzialmente rilevanti in ottica contenziosa da parte dell'Amministrazione .. >> (Giallombardo F., L'accesso nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici, www.giustizia-amministrativa.it, 2024).

In merito all'art. 36, commi 1 e 2, è di rilievo il fatto che l'acquisizione dell'informazione da parte degli aventi titolo avviene mediante la piattaforma digitale (e-procurement), alla quale possono accedere direttamente gli operatori mediante le credenziali ricevute o tramite Spid, con conseguente maggiore celerità e semplificazione¹².

Il diritto di informazione viene pertanto soddisfatto in modo de-procedimentalizzato, ovvero senza un procedimento amministrativo che preveda un'istanza, un'istruttoria (con comunicazione ai controinteressati ed eventuale contraddittorio con gli stessi) ed un provvedimento decisorio¹³.

Va da sé che, in caso di mancato funzionamento della piattaforma digitale, il diritto di informazione ex art. 36, comma 2, D.Lgs. 36 del 2023 dovrà soddisfatto mediante trasmissione della documentazione via pec o altro strumento idoneo¹⁴.

¹² Ai sensi dell'art. 22, comma 2, del Codice (Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale - E-procurement), *“Le piattaforme e i servizi digitali di cui al comma 1 consentono, in particolare: ... 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; ...”*.

¹³ Per l'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa, il meccanismo *“<< consente di superare il “diaframma” dell'istanza di accesso agli atti >>; << .. il diritto di accesso, quindi, prescinde da un'istanza, da un subprocedimento e da un provvedimento, sì che, a ben vedere, in parte qua, non si pone nemmeno un problema di riconducibilità della fattispecie all'accesso documentale o a quello civico, o, per meglio dire, sussiste in capo alla p.a., un vero e proprio obbligo ex lege non derogabile >>”* (relazione pubblicata su www.giustizia-amministrativa.it nel 2023). In tal senso anche Provenzano P. (L'accesso agli atti senza istanza. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina (sostanziale e processuale) in materia di accesso agli atti di gara, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 2023, 3), per il quale *“<< L'art. 36 segna un netto cambio di paradigma rispetto al passato. Esso, infatti, supera l'impostazione tradizionale, seguita in primis dalla l. n. 241/1990 e, “a ruota”, dalle discipline ad hoc via via susseguitesi nel tempo, secondo la quale qualsivoglia tipologia di accesso agli atti presuppone, sempre e comunque, un atto di impulso (id est la presentazione di una istanza) da parte del soggetto che anela all'ostensione dei documenti. La norma in parola introduce, dunque, un — fin qui inedito — “accesso senza istanza”... >>”* (pag. 490 ss.).

¹⁴ Ciò in attuazione di quanto previsto dall'art. 25, comma 2, secondo e terzo capoverso, d.lgs. 36 del 2023 (*“Le piattaforme di approvvigionamento digitale 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. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento.”*). In questo senso vedi, ad esempio, il comunicato della Provincia Bolzano pubblicato sul suo sito istituzionale in data 18.01.2024, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice.

Quanto alla tempistica, la messa a disposizione tramite la piattaforma telematica avviene “*contestualmente alla comunicazione digitale dell’aggiudicazione ai sensi dell’articolo 90*”, in coerenza con l’art. 35, comma 2, lett. c), d) e) del Codice, che prevede il differimento dell’accesso “*fino all’aggiudicazione*”¹⁵.

L’acquisizione diretta delle informazioni è gratuita, come si desume dall’art. 25, comma 4, del Codice (“*È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti o dell’aggiudicatario eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme.*”).

L’innovazione procedimentale risponde alla duplice *ratio* di ridurre l’attività delle stazioni appaltanti e gli oneri a carico degli operatori, favorendo nel contempo la rapida emersione degli aspetti problematici della procedura che potrebbero sfociare in un contenzioso¹⁶.

L’art. 90 del Codice ridefinisce la disciplina delle “comunicazioni d’ufficio” da inviare ai candidati ed agli offerenti per iniziativa della stazione appaltante.

Limitando anche in questo caso l’analisi ai soli aspetti procedurali, la norma stabilisce (analogamente a quanto già previsto dal previgente art. 76, comma 5, d.lgs. 50 del 2016) che dette comunicazioni debbano essere effettuate “*entro cinque giorni dall’adozione*” degli atti da comunicare e “*nel rispetto delle modalità previste dal codice*”.

Al riguardo, viene in considerazione l’art. 29 (Regole applicabili alle comunicazioni) che prevede che “*Tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al codice sono eseguiti utilizzando le piattaforme di approvvigionamento digitale di cui all’articolo 25, presso il domicilio digitale indicato dagli operatori in conformità con quanto disposto dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.*”¹⁷.

¹⁵ La norma è prevista nell’art. 36, comma 1, ma vista l’*eadem ratio*, è ragionevole ritenerla applicabile anche al diritto di informazione previsto dal comma 2.

¹⁶ Vedi relazione Commissione speciale Consiglio di Stato del 07.12.2022: << *Mettere a disposizione dei partecipanti tutti gli atti della procedura e l’offerta selezionata all’esito dell’aggiudicazione consente all’amministrazione di evitare una eventuale fase amministrativa relativa alle istanze di accesso e ai partecipanti di conoscere immediatamente la scelta fatta dall’amministrazione e orientarsi sulla opportunità o meno di procedere in sede processuale.* >>. Sul punto anche Sandulli M.A. cit., per la quale << *L’obiettivo .. è stato quello di evitare i ricorsi “al buio” (con inutile dispendio di risorse dei concorrenti e improvviso consumo della risorsa giustizia) e di dare, sin da subito, ai concorrenti interessati le informazioni necessarie a verificare il corretto svolgimento della procedura e a contestarne eventualmente con più robustezza l’esito, con conseguente rafforzamento della effettività della tutela e, al contempo, riduzione delle parentesi istruttorie negli eventuali giudizi.* >>.

¹⁷ Ciò a differenza del regime previgente, ove l’art. 76, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva che tutte le comunicazioni personali ai candidati ed agli offerenti fossero effettuate mediante PEC.

3. Il diritto di accesso nei casi in cui non opera il diritto di informazione ex art. 36, commi 1 e 2, e art. 90 del Codice.

Il diritto di informazione ex art. 36, comma 1 e 2 e art. 90 del Codice ha un suo ambito applicativo ben delimitato, riguardando soltanto determinati soggetti e determinati atti della procedura.

Nei casi in cui tale diritto di informazione non opera, torna applicabile la disciplina generale dell'accesso civico ex d.lgs. 33 del 2013 e dell'accesso documentale ex legge n. 241 del 1990.

Quanto alla applicabilità dell'accesso civico, la questione è ormai positivamente risolta dall'art. 35, comma 1, del Codice, che, nel dare continuità all'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 10 del 2 aprile 2020), ha espressamente stabilito che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. “.*

La novità, sul piano procedimentale, è che, nel caso in cui sussistano i presupposti per l'accoglimento dell'istanza di accesso civico, l'ostensione dei documenti avviene *“in modalità digitale ... mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme ...”* e quindi mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 19 del Codice.

Per quanto riguarda la disciplina procedimentale dell'accesso documentale ex legge n. 241 del 1990, il quadro normativo è più articolato, perché è prevista una disciplina differenziata per l'accesso alle offerte contenenti “segreti tecnici e commerciali” (art. 36, comma 3).

Vi è, pertanto, un doppio regime procedimentale delle istanze di accesso documentale: un procedimento “speciale” per l'accesso ai documenti per i quali si pone la questione della sussistenza o meno di un “segreto tecnico o commerciale” (art. 36, comma 3); un procedimento “ordinario” per l'accesso agli altri atti della procedura contrattuale.

Per utilità espositiva si prenderà le mosse da quest'ultimo modello procedimentale.

3.1. Il procedimento “ordinario” per l’accesso agli atti della procedura contrattuale.

Al di fuori del caso previsto dall’art. 36, comma 3, del Codice (che, in quanto norma “speciale”, è insuscettibile di applicazione analogica e di interpretazione estensiva) torna applicabile la disciplina generale del procedimento di accesso di cui alla legge n. 241 del 1990 e d.P.R. n. 184 del 2006 (come eventualmente integrati dai regolamenti delle singole P.A.).

In tal senso, ancora attuale è l’immagine della disciplina dell’accesso agli atti della procedura contrattuale come “microsistema normativo” nella più ampia cornice della disciplina generale dell’accesso ¹⁸.

Ciò vale per tutte e tre le fasi del procedimento (di iniziativa, istruttoria e decisionale), come, ad esempio, per quanto riguarda:

- la competenza dell’Amministrazione a ricevere e decidere l’istanza di accesso ¹⁹;
- il contenuto dell’istanza di accesso ²⁰;
- la comunicazione ai controinteressati ex art. 3 d.P.R. n. 184 del 2006 ²¹;
- il termine di 30 giorni per la conclusione del procedimento (ex art. 25, comma 4, legge n. 241 del 1990);
- il silenzio-diniego di cui all’art. 25, comma 4, legge n. 241 del 1990 ²².

In pratica, considerato l’ambito di applicazione degli articoli 36, comma 1 e 2, e dell’art. 80 da una parte e dell’art. 36, comma 3, dall’altra, la disciplina procedimentale dell’accesso documentale ex legge n. 241 del 1990 viene in considerazione in tutti seguenti casi:

¹⁸ Vedi, ad esempio, Cons. St. sez. V 17 giugno 2014, n. 3079; V 24 marzo 2014, n. 1446.

¹⁹ Vedi T.a.r. Trieste sez. I 25 settembre 2023, n. 272, che, facendo applicazione dell’art. 25, comma 2, legge n. 241 del 1990 e dell’art. 5, comma 1, d.P.R. n. 184 del 2006, ha affermato che l’istanza di accesso agli atti di una procedura contrattuale è correttamente rivolta al soggetto che riveste la funzione di “centrale di committenza” e ciò anche se tali atti devono successivamente essere trasmessi all’Amministrazione per conto della quale la gara è gestita.

²⁰ Vedi, ad esempio, Cons. St. sez. III 25 gennaio 2022, n. 495, che ha ritenuto non accoglibile, in quanto massiva, l’istanza con la quale la seconda classificata in un gara di appalto aveva chiesto di accedere agli atti afferenti alla fase esecutiva del contratto costituiti << da un gran numero di documenti che obbligherebbe a fornire migliaia di pagine .. >>.

²¹ Ferma restando la possibilità di evitare la procedura di consultazione dei controinteressati mediante opportuni accorgimenti “a monte”, ad esempio con il mascheramento parziale dei documenti (T.a.r. Cagliari sez. I 26 aprile 2018, n. 370).

²² T.a.r. Napoli sez. I 22 dicembre 2023, n. 7119.

- per le istanze di accesso dei concorrenti che si sono collocati dopo la 5^a posizione in graduatoria ²³;
- per le istanze di accesso dei concorrenti definitivamente esclusi ²⁴;
- per le istanze di accesso dei soggetti che non hanno partecipato alla procedura contrattuale ²⁵.

A quest'ultimo riguardo, non può, infatti, escludersi che anche soggetti che non hanno partecipato alla gara possano vantare un interesse diretto, concreto ed attuale ad accedere agli atti della procedura e ciò non soltanto nei casi in cui abbiano previamente manifestato un interesse a parteciparvi ²⁶, ma anche in altri casi ²⁷.

3.2. Il procedimento “speciale” ex art. 36, comma 3, del Codice per l'accesso ai documenti per i quali si pone la questione del “segreto tecnico o commerciale”.

²³ Al riguardo, l'Ufficio studi e formazione G.A. (2023) cit. osserva: << *Gli altri concorrenti .. per ottenere l'accesso alle altrui offerte dovranno proporre istanza ai sensi e alle condizioni stabilite dagli articoli 22 e ss. l. 7 agosto 1990, n. 241 e 5 e 5 bis d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.* >>; << .. la regola generale di cui al punto I. che precede torna ad essere applicabile nel caso in cui il partecipante in gara (ulteriore rispetto ai primi cinque in graduatoria) intenda richiedere l'ostensione delle offerte degli altri concorrenti (diversi dall'aggiudicatario), sì che dovrà essere proposta specifica istanza ai sensi degli articoli 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241 e/o degli articoli 5 e 5 bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, secondo lo schema procedimentale “classico”, a contraddittorio “pieno” (richiedente, P.a. e controinteressato) il ché, però, in caso di segreti, pone dei problemi di coordinamento con quanto stabilito dal comma 3, ... >>. Dello stesso avviso Provenzano (2023) cit., il quale rileva che, diversamente opinando, la normativa sarebbe incostituzionale per contrasto con l'art. 113 Cost., visto che il diritto di accesso è correlato anche al diritto di difesa giurisdizionale.

²⁴ Sul punto vedi Ufficio studi e formazione G.A. (2023) cit.: << *per tutti gli “estranei” alla procedura, nonché per i concorrenti esclusi definitivamente, l'accesso agli atti può avvenire, secondo le previsioni “ordinarie” degli articoli 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241 e 5 e 5 bis, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, nei limiti, però, di quanto previsto dall'articolo 35 del nuovo codice (in punto di differimento obbligatorio, esclusione ed eccezione all'esclusione): ne consegue che essi dovranno presentare un'istanza di accesso, cui seguirà un contraddittorio procedimentale e una eventuale decisione della P.a. negativa o positiva ... >>. Vedi anche Russo F.G., I rimedi giurisdizionali nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici tra la trasparenza e la buona fede, www.giustizia-amministrativa.it, 2023.*

²⁵ Vedi nota precedente ed anche Giallombardo (2024) cit.: << *per gli estranei alla gara l'accesso è invece garantito nei termini di cui all'art. 35 d.lgs. n. 36/2023* >> (il cui comma 1 richiama la legge n. 241 del 1990).

²⁶ Cons. St. sez. V 18 settembre 2023, n. 8382; VI 22 novembre 2012, n. 5936; VI 30 dicembre 2005, n. 7616;

²⁷ Vedi, ad esempio, Cons. St. sez. VI 23 luglio 2019, n. 5182; V 27 giugno 2018, n. 3953; V 18 ottobre 2017, n. 4813.

Nel regime previgente (d.lgs. 50 del 2016 e d.lgs. 163 del 2006) la decisione sulla richiesta di opposizione alla divulgazione dell'offerta e delle relative giustificazioni veniva assunta dalla stazione appaltante a conclusione di un classico procedimento amministrativo, che prendeva inizio con la richiesta di accesso da parte dell'interessato (fase di iniziativa), prevedeva la possibile partecipazione del controinteressato all'accesso (fase istruttoria) ed una fase finale decisoria che si concretizzava con il provvedimento finale.

L'art. 36, comma 3, del Codice ridisegna il meccanismo procedimentale per l'accesso ai documenti per i quali si pone la questione della sussistenza o meno di un "segreto tecnico o commerciale", stabilendo che *"Nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, 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, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)."*

Gli elementi di novità sono due ed interconnessi: il momento in cui viene adottata la decisione sulle richieste di oscuramento ed il fatto che detta decisione avviene senza istanza di accesso degli interessati.

Invero, nel nuovo schema procedimentale previsto dall'art. 36, comma 3, del Codice la decisione della stazione appaltante sulla opposizione all'accesso dell'offerta e delle relative giustificazioni avviene contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 90 (*"Nella comunicazione dell'aggiudicazione ... "*).

Ciò significa che, a differenza del regime previgente e dello schema procedimentale ordinario, la valutazione della stazione appaltante in merito alla ostensibilità dell'offerta e delle giustificazioni avviene contestualmente alla valutazione delle offerte ed a prescindere dalla presentazione di un'istanza di accesso.

Trattasi di una forma di de-procedimentalizzazione dell'accesso, quantomeno della "fase di iniziativa" e di quella "istruttoria" di partecipazione dei controinteressati ²⁸.

²⁸ Vedi relazione Cons. St. comm. speciale del 20.10.2022: << *La stazione appaltante già nella fase procedimentale della valutazione delle offerte ha, infatti, 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 quella fase si valuterà se l'offerta, nel caso in cui dovesse risultare selezionata, potrà essere ostesa 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 intende concluso per cui coloro che hanno interesse a conoscere le parti riservate dovranno adire direttamente il giudice amministrativo.* >>.

Quanto alla prima fase, è di rilievo il fatto che la decisione sulle richieste di oscuramento è assunta dalla stazione appaltante sempre e comunque a prescindere dalla presentazione di un'istanza di accesso.

La fase partecipativa dei controinteressati è anticipata al momento della presentazione dell'offerta, atteso che la "motivata e comprovata dichiarazione" di opposizione all'accesso deve essere contenuta nell'offerta stessa.

Come noto infatti, per poter beneficiare della esclusione dell'accesso all'offerta ed alle relative giustificazioni l'offerente è tenuto ad esprimere formalmente la sua opposizione alla divulgazione mediante una "motivata e comprovata dichiarazione".

Trattandosi di interessi di natura privatistica, è escluso che la stazione appaltante possa, d'ufficio e sulla base di valutazioni proprie, escludere quella parte dell'offerta contenente "segreti tecnici e commerciali" in mancanza di una espressa dichiarazione in tal senso dell'offerente ²⁹.

Per apprezzare il rilievo della riforma, si consideri che in vigenza del d.lgs. 50 del 2016 era controverso il momento in cui doveva essere resa la dichiarazione di opposizione all'accesso dell'offerta e della relativa giustificazione da parte del controinteressato

Secondo un primo indirizzo, l'opposizione poteva avvenire contestualmente alla presentazione dell'offerta o delle sue giustificazioni, oppure, in alternativa, anche nel corso del procedimento di accesso a seguito della ricezione della apposita comunicazione ai controinteressati ex art. 3 d.P.R. n. 184 del 2006, perché – si diceva – era in quel momento che il loro interesse ad opporsi diveniva attuale, mentre l'opposizione sarebbe stata tardiva qualora proposta per la prima volta in sede giudiziale ³⁰.

A sostegno di questa tesi si evidenziava che il Codice non indicava il momento o il termine entro il quale andava resa la dichiarazione di opposizione, di talchè trovava applicazione la disciplina generale del procedimento di cui all'art. 3 d.P.R. 184 del 2006 (che concede ai controinteressati un termine di 10 giorni per presentare opposizione), in virtù del rinvio che l'art. 53, comma 1, d.lgs. 50 del 2016 faceva alla Legge 241 del

²⁹ Cons. St. sez. IV 28 luglio 2016, n. 3431; VI 19 ottobre 2009, n. 6393.

³⁰ In questo senso Cons. St. sez. V 27 febbraio 2024, n. 1914; V 26 ottobre 2020, n. 6463; V 1 luglio 2020, n. 4220; VI 19 ottobre 2009, n. 6393.

1990.

Si aggiungeva che l'interesse dell'offerente ad opporsi all'ostensione della sua offerta poteva dipendere anche dalle caratteristiche del richiedente l'accesso, ad esempio dal fatto che fossero o meno in diretta concorrenza con lo stesso, circostanze che non avrebbero potuto essere valutate al momento della presentazione dell'offerta o delle sue giustificazioni ³¹.

Altro indirizzo riteneva, invece, che l'opposizione del controinteressato potesse avvenire soltanto contestualmente alla presentazione dell'offerta o delle sue giustificazioni, dopo di che essa sarebbe stata tardiva e priva di effetti, avendo detto soggetto prestato acquiescenza ³².

In tal senso si evidenziava, sul piano letterale, che la norma riferiva la motivata e comprovata dichiarazione all'“offerente” e, sul piano logico, che l'opposizione non poteva diventare uno strumento emulativo per frapporre *ex post* un impedimento all'accesso ³³.

Il nuovo Codice ha eliminato ogni dubbio in proposito, prevedendo che la dichiarazione di opposizione all'accesso di parti dell'offerta contenenti “segreti tecnico o commerciali” debba essere contenuta nell'offerta stessa: ciò si ricava implicitamente dall'art. 36, commi 3 (che parla di “*richiesta di oscuramento di parti delle offerte ... indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)*”) e dal successivo comma 5 (che parla di “*ragioni di segretezza indicate dall'offerente ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)*”) ed è insita nella previsione secondo la quale la stazione appaltante dà atto della decisione assunta sulla opposizione alla divulgazione nella comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 90 Codice (art. 36, comma 3).

³¹ Si era, però, precisato che il momento e la sede in cui il controinteressato si opponeva alla ostensione di quella parte della sua offerta contenente segreti tecnici e commerciali, pur non essendo una preconditione della fondatezza dell'opposizione, rappresentava comunque un criterio di valutazione, nel senso che la tempestività della stessa ne rafforzava l'attendibilità (Cons. St. sez. III 26 ottobre 2021, n. 7173).

³² In questo senso Cons. St. sez. IV 28 luglio 2016, n. 3431; T.a.r. Roma sez. IV 6 maggio 2022, n. 5714; Pescara sez. I 26 giugno 2021, n. 323; Catanzaro sez. I 2 aprile 2021, n. 738; Bologna sez. II 14 marzo 2018, n. 222.

³³ Su questa linea, al fine di evitare un'ulteriore comunicazione ai controinteressati, molti bandi di gara prevedevano nel modulo di dichiarazione sui segreti tecnici e commerciali una dicitura di questo genere: << *Si precisa che in caso di richiesta di accesso agli atti della presente procedura di affidamento, le previsioni di cui al presente paragrafo costituiscono comunicazione ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 184/2006.* >>.

Analogamente, anche l'opposizione alla divulgazione dei "segreti tecnici e commerciali" contenuti nelle giustificazioni dovrà essere dichiarata all'interno delle stesse.

La norma non prevede una successiva interlocuzione da parte del controinteressato all'accesso, che pertanto potrà far valere le proprie ragioni di opposizione soltanto con la presentazione dell'offerta e delle relative giustificazioni, senza conoscere la motivazione delle eventuali istanze di accesso presentate dagli interessati ³⁴.

Ciò rappresenta una rilevante novità rispetto al regime previgente ed anche rispetto allo schema tipico del procedimento sull'accesso, in cui il controinteressato viene interpellato dall'Amministrazione dopo la presentazione dell'istanza di accesso, formulando la sua opposizione alla luce del contenuto dell'istanza stessa ³⁵.

Tutto ciò va evidentemente a vantaggio di una velocizzazione delle procedure di gara, ma, pone a carico delle imprese l'onere di inserire nell'offerta la "motivata e comprovata dichiarazione" di opposizione sempre e comunque ed a prescindere da eventuali istanze ostensive e va anche a scapito della economicità dell'azione amministrativa, visto che la stazione appaltante è chiamata a valutare e decidere ogni singola opposizione sempre e comunque anche in mancanza di puntuali istanze di accesso ³⁶.

³⁴ Nell'ambito della Commissione di studio della riforma era stata avanzata la proposta di anticipare il momento della decisione sulle dichiarazioni di opposizione alla "proposta di aggiudicazione" ex art. 17 del Codice e di prevedere la comunicazione d'ufficio da inviare ai candidati e agli offerenti ex art. 90 anche di tale atto, in modo da far decorrere il termine per eventuali ricorsi da tale momento e di utilizzare il tempo intercorrente prima dell'aggiudicazione per la definizione del contenzioso su tali aspetti (Sandulli M.A., cit.).

³⁵ Sul punto vedasi T.a.r. Bari sez. II 1 dicembre 2023, n. 1388 e 17 giugno 2024, n. 767: << *In tal modo si vuole palesemente accelerare la procedura; gli operatori non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso. ... Ma si noti che tutto verrà deciso in autonomia dalla Stazione appaltante al momento di valutazione delle offerte: non è previsto un preliminare avviso all'offerente, quale controinteressato, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come segrete, né viene disciplinato un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione* >>. Ed anche Giallombardo (2024) cit.: << *Sul punto, giova premettere che, come rilevato nei primi commenti alla norma, la decisione dell'Amministrazione in ordine alla richiesta di oscuramento, in questi casi, non sembra passare da un previo contraddittorio procedimentale: il meccanismo parrebbe essere, piuttosto, quello della "istanza di oscuramento – decisione dell'Amministrazione – impugnazione giurisdizionale"* >>.

³⁶ Al riguardo, Provenzano (2023) cit. osserva che la norma impone << *alle stazioni appaltanti un facere ... di cui l'amministrazione è allo stato tenuta a farsi carico solo in modo occasionale e, più precisamente, solo se vi sono istanze di accesso* >>.

Va rimarcato che il meccanismo decisionale previsto dalla norma riguarda le *“eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2”*, ovvero le offerte dei primi cinque in graduatoria.

Quanto alla forma ed alla natura giuridica della decisione sulle opposizioni, benché la norma preveda che la stazione appaltante *“dà atto delle decisioni assunte” “nella comunicazione di aggiudicazione”*, non può esservi dubbio che si tratti di un vero e proprio provvedimento amministrativo a contenuto decisorio, che deve essere adeguatamente motivato ³⁷.

Ciò è confermato dal comma 4 del medesimo articolo 36, che chiarisce che *“Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell’articolo 116 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

Altro elemento di specialità riguarda l’ostensione delle offerte e delle giustificazioni di cui è stato richiesto ma non concesso l’oscuramento.

Al riguardo, l’art. 36, comma 5, stabilisce che *“Nel caso in cui la stazione appaltante o l’ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall’offerente ai sensi dell’articolo 35, comma 4, lettera a), l’ostensione delle parti dell’offerta di cui è stato richiesto l’oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione delle decisioni di cui al comma 4.”* (10 giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione ex art. 90).

La norma è volta a preservare l’interesse processuale del controinteressato all’accesso (e quindi a tutelare il preteso “segreto tecnico e commerciale) nel caso egli volesse impugnare la decisione della stazione appaltante di ostendere l’offerta e le relative giustificazioni nonostante la sua opposizione: qualora, infatti, la stazione appaltante ostendesse tali atti immediatamente al momento della comunicazione dell’aggiudicazione ex art. 90, il ricorso del controinteressato all’accesso perderebbe la ragione principale per essere coltivato (impedire la conoscenza dei segreti tecnici e commerciali contenuti nell’offerta o nelle sue giustificazioni).

4. Modalità di esercizio dell’accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice.

³⁷ Vedi Ufficio studi e formazione Giustizia amministrativa (2023) cit.: << .. la P.A. nella comunicazione dell’aggiudicazione deve puntualmente dar conto della propria decisione e della motivazione sottesa. >>.

Come detto, il presente contributo non ha lo scopo di approfondire l'interpretazione delle norme sull'accesso agli atti delle procedure contrattuali sotto il profilo sostanziale, volendo soffermarsi unicamente sugli aspetti procedurali.

Tuttavia, per una migliore comprensione delle modalità di esercizio dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice, è opportuno fare un brevissimo cenno anche ai profili sostanziali della norma.

4.1. Profili sostanziali dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice.

L'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che *“In relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), e lettera b), numero 3), è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara.”*

La norma contempla la possibilità di una deroga a talune fattispecie di segreto previste dall'art. 35, comma 4, precisando, nella particolare materia dell'accesso agli atti delle procedure contrattuali, la regola già prevista in generale dall'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990 e differenziandosi dalla stessa per un maggior rigore ed una portata più restrittiva (si è parlato di un “accesso difensivo speciale”) ³⁸.

Una disposizione analoga, ma per alcuni aspetti differente, era contenuta nell'art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 (e già in precedenza nell'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006) ³⁹.

La titolarità soggettiva del diritto (come nel regime previgente) riguarda esclusivamente il “concorrente” alla procedura di gara.

E' confermata la locuzione *“ai fini della difesa in giudizio”*, da intendersi (in linea con la consolidata interpretazione giurisprudenziale dell'art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990) nel senso che non è necessario che al momento della richiesta di accesso sia

³⁸ In particolare, mentre l'art. 24, comma 7 (primo capoverso), della legge n. 241 del 1990 richiede, per poter superare la “segretezza commerciale” (ex art. 24, comma 6, legge n. 241 del 1990), la necessità di *“curare e difendere i propri interessi giuridici”*, l'art. 35, comma 5, del Codice richiede la *“indispensabilità ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”*. Sul piano strettamente letterale la norma del Codice si differenzia altresì dalla *“stretta indispensabilità”* richiesta dall'art. 24, comma 7, secondo capoverso, per superare le esigenze di riservatezza riguardanti quelle particolari categorie di dati personali rappresentati dai “dati sensibili”, “giudiziari” e “sensibilissimi”.

³⁹ L'art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevedeva quanto segue: *“In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.”*

pendente un giudizio, essendo sufficiente che la lite sia potenziale ⁴⁰.

La locuzione *“difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”* è leggermente diversa da quella dell’abrogato art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, ma senza che ciò comporti sostanziali modifiche ⁴¹.

La nuova norma si differenzia dalla formulazione precedente per due motivi: quanto all’ambito oggettivo di applicazione, perché si riferisce non soltanto al caso di esclusione di cui all’art. 35, comma 4, lett. a) (*“segreti tecnici o commerciali”* contenuti nell’offerta e nelle giustificazioni), ma anche a quello di cui all’art. 35, comma 4, lett. b), n. 3 (diritti di privativa intellettuale sulle piattaforme digitali ed infrastrutture informatiche); quanto alla portata precettiva, perché mentre il Codice previgente si riferiva alla mera necessità di *“difesa in giudizio”*, il nuovo Codice specifica che l’accesso deve essere *“indispensabile”* ⁴².

Sul piano strettamente letterale, può notarsi che *“indispensabilità”* non equivale a

⁴⁰ Vedasi, per tutte, Cons. St. sez. V 9 dicembre 2008, n. 6121.

⁴¹ Secondo la giurisprudenza formatasi nel vigore dell’art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, l’accesso difensivo del concorrente alla gara prevale sulle esigenze di riservatezza degli offerenti soltanto se serve per impugnare gli atti della procedura di gara a cui ha partecipato oppure per proporre un’azione di risarcimento dei danni conseguente alla illegittimità degli stessi, eventualmente anche in modo autonomo, mentre la norma non può essere applicata se l’accesso è richiesto per azionare giudizi di diversa natura (es. in sede civile per il risarcimento danni da concorrenza sleale o per illecito extracontrattuale; in sede penale, ecc.) o per sollecitare l’esercizio dell’autotutela in via amministrativa od ancora per sollecitare l’intervento di un’Autorità indipendente (es. Anac) (Cons. St. sez. IV 28 luglio 2016, n. 3431).

⁴² In vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, la giurisprudenza si è mostrata divisa in merito al significato da attribuire alla necessità di *“difesa in giudizio”*. Per un primo filone giurisprudenziale, anche in questo particolare settore (come in generale per l’art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990) la *“necessità di difesa”* deve essere valutata *“in astratto”*, cosicché l’accesso difensivo prevale in tutti i casi in cui serve a tutelare le proprie posizioni giuridiche in relazione alla procedura di affidamento senza restrizione alcuna, fatti salvi i casi di *“evidente ed assoluta”* inutilità del documento (Cons. St. sez. V 22 luglio 2022, n. 6448; III 16 febbraio 2021, n. 1437; III 11 febbraio 2021, n. 1253); con la conseguenza che non occorre la *“stretta indispensabilità”* del documento (T.a.r. Milano sez. I 24 gennaio 2022, n. 145; Palermo sez. III 19 ottobre 2022, n. 2953; Cagliari sez. I 25 gennaio 2024, n. 37 e 16 luglio 2024, n. 560). Per un secondo (e prevalente) indirizzo, la *“necessità di difesa”* deve essere valutata *“in concreto”* e richiede un accurato e rigoroso controllo in ordine alla *“effettiva utilità”* ed alla *“stretta indispensabilità”* della documentazione richiesta (Cons. St. sez. V 9 dicembre 2008, n. 6121; III 26 ottobre 2018, n. 6083; V 12 novembre 2019, n. 7743; V 7 gennaio 2020, n. 64; V 23 giugno 2020, n. 4016; V n. 4220 del 2020 cit.; V 21 agosto 2020, n. 5167; V 26 ottobre 2020, n. 6463; V 6 aprile 2021, n. 2763; V 24 gennaio 2023, n. 787; V 6 febbraio 2023, n. 1231; V 14 settembre 2023, n. 8332; III 18 dicembre 2023, n. 10893; V 29 gennaio 2024, n. 871; V 27 febbraio 2024, n. 1914).

"necessità", ma non è neppure "stretta indispensabilità"⁴³.

Vedremo nei prossimi tempi quale interpretazione ne darà la giurisprudenza⁴⁴.

4.2. Il procedimento di accesso difensivo nel vigore dell'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel vigore del d.lgs. n. 53 del 2006 non vi erano dubbi sul fatto che l'accesso difensivo previsto dal comma 6 implicasse un vero e proprio procedimento amministrativo, caratterizzato dalle tipiche fasi della iniziativa (domanda dell'interessato), della istruttoria (eventuale contraddittorio con i controinteressati) e decisionale⁴⁵.

In particolare, non vi erano dubbi sul fatto che il concorrente che intendesse esercitare l'accesso difensivo previsto da detta norma dovesse presentare una apposita e motivata istanza.

Al riguardo, si è ritenuto che l'onere della prova dell'accesso difensivo ai documenti contenenti "segreti tecnici o commerciali" è a carico del richiedente, atteso che, una volta che l'impresa controinteressata che si è opposta all'accesso ha motivato e comprovato la sussistenza di un simile segreto, opera il "principio di vicinanza della prova", in base al quale è il richiedente l'accesso a dover dimostrare l'effettiva necessità del documento per potersi difendere in giudizio⁴⁶.

⁴³ In ciò la norma si differenzia dall'art. 24, comma 7, secondo capoverso, che prevede la "stretta indispensabilità" per l'accesso difensivo idoneo a prevalere sul diritto alla riservatezza riguardante i "dati sensibili", i "dati giudiziari" e (unitamente al requisito del "pari rango") i "dati sensibilissimi".

⁴⁴ Per l'Ufficio studi e formazione G.A (2023) cit., la norma: << .. *recepando gli insegnamenti giurisprudenziali della giurisprudenza amministrativa di primo e secondo grado, ha richiesto l'"indispensabilità" dell'accesso ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici "rappresentati in relazione alla procedura di gara" >>.*

⁴⁵ Così, ad esempio, per Cons. St. sez. V 27 febbraio 2024, n. 1914 la norma suddetta implicava <<.. *una scansione procedimentale che è quella tipica dell'accesso documentale difensivo* >> in cui << *L'atto iniziale del procedimento è costituito .. dall'istanza* .. >>. In una recente sentenza si è, invece, ritenuto che la stazione appaltante, una volta accertata la sussistenza di "segreti tecnici o commerciali", dovesse attivarsi *ex officio* per coinvolgere il richiedente l'accesso (intendendo questa come una seconda fase del medesimo procedimento), onde consentirgli di contestare l'esistenza del "segreto" e dedurre l'eventuale necessità difensiva ex art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 (T.a.r. Venezia sez. III 5 luglio 2024, n. 1753).

⁴⁶ Vedasi, tra le tante, Cons. St. sez. VI 10 maggio 2010, n. 2814; V 7 gennaio 2020, n. 64; V n. 4016 del 2020 cit.; V n. 4220 del 2020 cit.; V n. 5167 del 2020 cit..

Si è, inoltre, ritenuto che la possibilità di esercitare l'accesso difensivo "speciale" previsto dal Codice dei contratti sconti un onere di motivazione rafforzata dell'istanza rispetto al comune accesso difensivo ex art. 24, comma 7, L. 241/90 ⁴⁷.

Quanto, poi, all'effettivo contenuto di tale motivazione, si sono registrate differenti sensibilità a livello giurisprudenziale.

Per un indirizzo più rigoroso, un'istanza che non indichi il tipo di azione giudiziale da proporre, i presunti vizi posti a base di detta azione e la loro connessione con i documenti richiesti non soddisfa i requisiti dell'accesso difensivo ai documenti di gara contenenti "segreti tecnici o commerciali" ⁴⁸.

Viceversa, per un indirizzo più elastico, l'onere della motivazione dell'istanza, seppur rafforzato rispetto al comune accesso difensivo ex art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990, non può spingersi sino al punto di imporre al richiedente di specificare i motivi di impugnazione ed i profili di censura che intende proporre una volta acquisiti i documenti richiesti ⁴⁹.

Ciò perché << *mentre chi resiste all'accesso è sempre in grado di spiegare per quale motivo consideri le informazioni contenute nell'offerta come segreti tecnici o commerciali, chi intende invece conseguire l'accesso può trovarsi in una situazione di estrema difficoltà, in quanto normalmente non conosce i dettagli delle offerte dei concorrenti e può solo ipotizzare che la propria sia migliore e ingiustamente penalizzata nel punteggio. Se dunque un'istanza di accesso potesse essere bloccata con l'argomento che si tratta di una richiesta meramente esplorativa, ovvero finalizzata alla ricerca di*

⁴⁷ Così, ad esempio, è ricorrente l'affermazione secondo la quale non soddisfa i requisiti dell'accesso difensivo ex art. 53, comma 6, d.lgs. 50 del 2016 un'istanza motivata semplicemente con la mera intenzione di sondare o verificare l'opportunità di proporre ricorso giurisdizionale, trattandosi di un'istanza esplorativa ad informazioni riservate (Cons. St. n. 64 del 2020 cit. e n. 6463 del 2020 cit.).

⁴⁸ Per Cons. St. n. 8382 del 2023 cit. occorre che il richiedente dia << *una indicazione, anche espressa in modo sintetico, delle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili* >>; analogamente T.a.r. Roma sez. III ter 17 novembre 2023, n. 17209 che parla di "*una minima indicazione delle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*"; T.a.r. Napoli sez. V 13 febbraio 2024, n. 1052 e 24 aprile 2024, n. 2776 parlano di << *previa indicazione – sia pur embrionale – delle censure di illegittimità* >>; per T.a.r. Roma sez. I quater 26 marzo 2024, n. 5983 è necessario << *che il richiedente l'accesso prospetti, quantomeno in via indiziaria, profili di illegittimità del provvedimento amministrativo, desumibili aliunde, ... dovendosi escludere che la mera proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione, fondato su una pluralità di motivi diretti a contestare l'operato della commissione giudicatrice, nella parte in cui ha attribuito determinati punteggi ad alcuni aspetti dell'offerta tecnica delle concorrenti, legittimi, solo per questo, l'ostensione integrale delle rispettive proposte negoziali.* >>.

⁴⁹ T.a.r. Palermo sez. III 12 aprile 2023, n. 1228; Roma sez. IV 30 maggio 2023, n. 9155; Bari n. 1388 del 2023 cit.; Roma sez. V 17 gennaio 2024, n. 831; Cagliari n. 37 del 2024 cit..

potenziali motivi di impugnazione che al presente non sono ancora chiari, vi sarebbe uno squilibrio nella tutela dei soggetti con interessi contrapposti. Più precisamente, verrebbe chiesto alla parte che possiede meno informazioni di motivare il proprio interesse all'accesso con dati che evidentemente sono al di fuori della sua sfera di conoscenza, ... >> (T.a.r. Brescia sez. I 7 gennaio 2015, n. 2).

D'altro canto, << subordinare l'accesso alle offerte tecniche alla dimostrazione della stretta indispensabilità del documento rispetto alla deduzione di specifici motivi di impugnazione realizza un'inversione logica, non potendosi, in assenza della conoscenza della offerta tecnica, dedursi motivi di ricorso se non nella forma generica e inammissibile del c.d. "ricorso al buio", con inaccettabile compressione del diritto di difesa ... >> (T.a.r. Milano n. 145 del 2022 cit.; Palermo n. 2953 del 2022 cit.).

Ciò sarebbe confermato anche dal fatto che la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta (come chiarito da Cons. St. a.p. n. 12 del 2020) la dilazione temporale del termine per proporre ricorso quando i motivi presuppongono la conoscenza dell'offerta dell'aggiudicatario o delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, sì che non è pensabile pretendere che un operatore economico, per essere legittimato ad accedere all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba prima proporre un "ricorso al buio" ⁵⁰.

4.3. Il procedimento di accesso difensivo ex art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023.

In assenza di espresse indicazioni normative contenute nel nuovo Codice, ci si è chiesti come possa essere esercitato l'accesso difensivo previsto dall'art. 35, comma 5.

Il dubbio sorge in considerazione di due dei principali elementi di novità del nuovo Codice: il meccanismo decisionale previsto dall'art. 36, comma 3, sulle richieste di oscuramento delle offerte e l'onere di immediata impugnabilità di dette decisioni previsto dal comma 4.

Dell'art. 36 comma 3, si è già detto (§ 3.2.).

L'art. 36, comma 4 (insieme ai commi 7 e 8) contiene nuove norme processuali riguardanti le impugnazioni delle decisioni della stazione appaltante sulle dichiarazioni di opposizione alla divulgazione dei "segreti tecnici o commerciali" contenuti nelle offerte e nelle relative giustificazioni.

⁵⁰ Cons. St. n. 1437 del 2021 cit.; T.a.r. Milano n. 145 del 2022 cit.; Roma n. 831 del 2024 cit..

Le suddette norme processuali configurano un rito specialissimo super accelerato (anche rispetto ai riti speciali di cui agli artt. 116 e 117 c.p.a.), la cui *ratio* è evidentemente quella di ridurre, per quanto possibile, il contenzioso sull'accesso agli atti delle procedure contrattuali ed i tempi della sua definizione giudiziale, riducendo, di conseguenza, anche il rischio di un rallentamento della procedura di scelta del contraente ⁵¹.

Quanto al loro ambito operativo, dette norme si applicano per *“le decisioni di cui al comma 3”*, ovvero per le decisioni *“assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)”*.

I casi più ricorrenti riguardano i ricorsi dei partecipanti alla procedura avverso le decisioni della stazione appaltante di accoglimento della richiesta dell'aggiudicatario o di altro concorrente di parziale oscuramento dell'offerta in considerazione di “segreti tecnici e commerciali” ed i ricorsi contro le decisioni della stazione appaltante di reiezione delle richieste di oscuramento parziale dell'offerta.

Stante il suo carattere “specialità”, che la rende insuscettibile di applicazione analogica e di interpretazione estensiva, la suddetta disciplina processuale non può trovare applicazione alle impugnative di altre decisioni in materia di accesso agli atti delle procedure contrattuali, per le quali continuano a trovare applicazione gli artt. 116 e 117 c.p.a. ^{52 53}.

Ciò premesso, è evidente che le nuove norme procedimentali (art. 36, comma 3) e le nuove norme processuali (art. 36, commi 4, 7 e 8), contenute nel medesimo articolo

⁵¹ Per Russo (2023) cit., << Attraverso un rito speciale ed accelerato nei tempi in materia di decisioni sull'oscuramento delle offerte, il Legislatore ha voluto così preservare il vantaggio di un immediato accesso alla conoscenza degli atti della procedura compendiandolo con l'effettività della tutela giurisdizionale >>.

⁵² Secondo un certo orientamento, l'art. 117 c.p.a. si applica al silenzio sulle istanze di accesso civico, per il quale (a differenza di quanto previsto dall'art. 25, comma 4, legge n. 241 del 1990 per l'accesso documentale) non opera il meccanismo del silenzio-diniego (Cons. St. sez. VI 5 luglio 2024, n. 5995; V 12 febbraio 2020, n. 1121).

⁵³ Così, ad esempio, come rileva l'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa (relazione 2023 cit.), detto rito specialissimo non si applica: ai ricorsi proposti dai soggetti che si sono collocati dopo la quinta posizione e che si sono visti respingere l'istanza di accesso alle offerte degli operatori successivi al primo classificato; ai ricorsi proposti dai soggetti che non hanno partecipato alla gara e da quelli che, pur avendo partecipato, sono stati definitivamente esclusi; ai ricorsi volti ad accertare la violazione dell'art. 36, commi 1 e 2, del Codice, per il mancato inserimento o per la non visibilità dei dati e dei documenti relativi alla procedura contrattuale.

(rubricato “Norme procedurali e processuali in tema di accesso”), condividono una comune finalità acceleratoria.

Prendendo spunto dalla *ratio* della riforma, si è quindi avanzata l'ipotesi che l'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice debba essere esercitato direttamente in sede giudiziale con ricorso ex art. 36, comma 4, da presentare entro 10 giorni dalla comunicazione ex art. 90 con cui la stazione appaltante dà atto delle decisioni assunte in merito alle richieste di oscuramento delle offerte.

Come spiega l'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa nella citata relazione del 2023, secondo questa opzione interpretativa, << *Il comma 4 dell'articolo 36, quindi, andrebbe interpretato nel senso che l'interessato all'ostensione, in caso di oscuramento, ha l'onere di impugnare nel termine brevissimo previsto la decisione della p.a. non solo contestando i presupposti dell'oscuramento, ma anche deducendo e fornendo elementi idonei a dimostrare l'indispensabilità degli elementi secretati per la difesa in giudizio dei propri interessi, il g.a. potendo e dovendo vagliare la fondatezza delle relative deduzioni.* >> (pag. 26).

Questa soluzione comporta una vera e propria “de-procedimentalizzazione” dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, d.lgs. 36 del 2023, nel senso che il relativo diritto verrebbe esercitato direttamente in sede giudiziale, senza che l'interessato abbia precedentemente presentato istanza di accesso alla stazione appaltante.

In questo senso sembrerebbe propendere (seppure in forma dubitativa) l'Ufficio studi e formazione, laddove osserva che: << *nel caso dei primi cinque offerenti, il combinato disposto dei commi 1, 2 e 3 [dell'art. 36], ha l'effetto di eliminare il contraddittorio procedimentale sulla effettiva sussistenza dei “segreti”, sull'adeguatezza della motivazione e degli elementi forniti a “comprova”, da un lato, e sulla adeguata rappresentazione e dimostrazione dell'indispensabilità dell'ostensione delle parti dell'offerta per la tutela degli interessi giuridici relativi alla procedura di gara, dall'altro;* >>.

Ed in questa prospettiva si ipotizza altresì che in caso di ricorso avverso la decisione della stazione appaltante di non oscurare l'offerta, i controinteressati possano formulare, in via subordinata rispetto alla domanda di reiezione del ricorso, anche la domanda di accertamento della “indispensabilità” dell'accesso ex art. 35, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023, senza preventivamente passare per un'istanza di accesso difensivo alla stazione appaltante (relazione cit. pag. 27).

Tuttavia (e qui sta la perplessità) il medesimo Ufficio studi evidenzia che << *il problema è che viene a determinarsi una sostanziale traslazione avanti al giudice amministrativo del potere – dovere di valutare, per la prima volta e in contraddittorio, la sussistenza dei presupposti per l'ostensibilità delle parti oscurate, e, quindi, in particolare, dell'indispensabilità delle stesse per la tutela degli interessi del richiedente; >> (pag. 23).*

A sostegno di questa opzione esegetica si rimarcano le esigenze di accelerazione e di semplificazione processuale, atteso che – si dice - se il comma 4 dell'art. 36 onera gli interessati a proporre ricorso avverso le decisioni sulle richieste di oscuramento entro 10 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, è quella la sede in cui valutare anche le eventuali necessità difensive, anche perché, diversamente opinando, si creerebbe l'inutile complicazione di costringere l'interessato (che potrebbe essere già in causa per contestare l'insussistenza di “segreti tecnici o commerciali”) a presentare alla stazione appaltante un'istanza di accesso difensivo, per poi riattivare il circuito processuale impugnando anche questa decisione in sede giudiziale ⁵⁴.

E' evidente che questa soluzione deve confrontarsi con l'art. 34, comma 2, c.p.a., che, come noto, vieta al G.A. di pronunciarsi “*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”.

Si è, allora, ipotizzato che la stazione appaltante, nel momento in cui valuta la sussistenza di un “segreto tecnico o commerciale” in relazione ad una richiesta di oscuramento dell'offerta, debba valutare anche l'eventuale “indispensabilità” dell'accesso, sicché non vi sarebbe alcuna violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a. visto che la stazione appaltante nella sostanza si è pronunciata ⁵⁵.

Sotto altro profilo, la collisione con l'art. 34, comma 2, c.p.a. potrebbe essere in qualche modo evitata assumendo la natura “vincolata” della decisione riguardante la

⁵⁴ Vedi Ufficio studi e formazione G.A (2023) cit.: << .. però, l'interessato, se da un lato, si trova a dover impugnare la decisione di oscuramento ai sensi dell'articolo 36, comma 4, per contestare la sussistenza dei relativi presupposti (in particolare la sussistenza di un “segreto”), dall'altro lato, sarebbe costretto a far valere, in sede non giudiziale, ma amministrativa, i profili inerenti l'indispensabilità dell'ostensione, procedimento all'esito del quale, l'eventuale decisione negativa dovrebbe essere nuovamente impugnata avanti al G.A. (in tal caso con un rito che potrebbe essere nuovamente quello “speciale” ex articolo 36 comma 4, trattandosi comunque di una decisione sull'oscuramento). >>.

⁵⁵ Sembrerebbe porsi in questa prospettiva Provenzano (2023) cit., il quale, però, criticamente osserva che << *in assenza di un'istanza, è assai complicato operare quella valutazione di stretta indispensabilità dell'accesso difensivo che consente, come noto, di “vincere” le esigenze di riservatezza* >>, con il rischio che le stazioni appaltanti << *siano indotte a valutare come riservate tutte le informazioni che il concorrente dichiara essere tali nella propria offerta.* >>.

sussistenza dei presupposti dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice, il cui accertamento, in quanto privo di discrezionalità, potrebbe rientrare nei poteri decisionali del Giudice amministrativo ex art. 116 c.p.a. e art. 36, comma 7, d.lgs. n. 36 del 2023 ⁵⁶.

Ad avviso di chi scrive, le pur suggestive argomentazioni poste a fondamento di una sostanziale “de-procedimentalizzazione” dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice, prestano il fianco ad alcune obiezioni.

Può essere utile partire dalla semplice considerazione secondo la quale la decisione in merito alla sussistenza dei presupposti dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice è altra, distinta e non confondibile rispetto alla decisione che la stazione appaltante assume, ai sensi dell'art. 36, comma 3, in ordine alla richiesta di oscuramento parziale dell'offerta o delle giustificazioni per la sussistenza di un “segreto tecnico o commerciale”.

L'alterità delle due decisioni è spesso sottolineata dalla giurisprudenza, quando, nel dare atto della scansione logica del processo decisionale, osserva che non si ha motivo di accedere allo scrutinio sulla “necessità difensiva” laddove non risulti dimostrata l'esistenza di un “segreto tecnico e commerciale”, stante che in tal caso torna ad applicarsi la regola generale della ostensibilità ⁵⁷.

D'altra parte, la non sovrapponibilità (logica prima ancora che giuridica) dei due momenti decisionali emerge in chiaro considerando che mentre il primo accertamento (quello sul segreto tecnico o commerciale) verte su un elemento oggettivo che esiste (o non esiste) già al momento della presentazione dell'offerta e che è ben ancorato ad un parametro normativo che ne definisce il contenuto (art. 98 del d.lgs. 30 del 2005), il secondo accertamento (quello sulla “indispensabilità” del documento a fini difensivi) riguarda una condizione *in fieri* destinata a maturarsi nel corso di svolgimento della

⁵⁶ In questa direzione sembra esprimersi l'Ufficio studi e formazione G.A (2023), laddove osserva che << ... la ponderazione di interessi di cui al comma 5 dell'articolo 35, a ben vedere, è finalizzata a tutelare non interessi pubblici – quantomeno in via diretta – ma quelli dei privati concorrenti in gara, sì che non verrebbe in gioco una discrezionalità amministrativa o anche solo tecnica in capo alla P.A., il G.A. potendo, conseguentemente, valutare, in via diretta e per la prima volta, l'indispensabilità dell'ostensione. >> (relazione citata, pag. 26).

⁵⁷ Cons. St. sez. V 14 settembre 2023, n. 8332; T.a.r. Roma sez. III 22 settembre 2021, n. 9877; Torino sez. II 11 luglio 2024, n. 865.

procedura in relazione al suo andamento, la cui sussistenza non può essere preconizzata dall'interessato al momento della presentazione dell'offerta.

Ciò comporta che, ai fini di questo secondo accertamento (sulla “indispensabilità” del documento), diventa irrinunciabile la successiva interlocuzione dell'interessato, il quale, soltanto all'esito della procedura contrattuale (o delle sue varie fasi), sarà in grado di motivare e - se del caso comprovare – le sue necessità difensive.

Ciò a maggiore ragione alla luce degli insegnamenti dell'Adunanza Plenaria sull'onere di motivazione rafforzata dell'accesso difensivo ⁵⁸, applicabili, con gli adattamenti del caso, anche all'accesso difensivo “speciale” di cui all'art. 35, comma 5, del Codice.

Tutto ciò è incompatibile con il meccanismo procedimentale semplificato previsto dall'art. 36, comma 3 (che prevede che la stazione appaltante valuti l'ostensibilità dell'offerta e delle giustificazioni contestualmente alla valutazione delle offerte, a prescindere dalla presentazione di un'istanza di accesso), che pertanto non può implicitamente estendersi alla verifica della sussistenza dei presupposti dell'accesso difensivo ex comma 5 per il semplice motivo che soltanto l'interessato può conoscere i motivi della “indispensabilità” dell'accesso ai fini difensivi, il che presuppone la presentazione di una istanza adeguatamente motivata.

Né è ipotizzabile che detta istanza possa essere contenuta nell'offerta, atteso che per un verso non si può esigere dal concorrente di indicare preventivamente la necessità ostensiva prima ancora di sapere se – e in che misura – vi siano parti delle offerte di altri concorrenti contenenti “segreti tecnici o commerciali” e per altro verso, la necessità difensiva può sorgere soltanto all'esito delle operazioni di gara.

⁵⁸ Vedi Cons. St. A.P. 25 settembre 2020, n. 19, n. 20 e n. 21 (punto 9.2.): << La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), onde permettere 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. In questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando. >>; ed il principio di diritto enunciato da Cons. St. A.P. 18 marzo 2021, n. 4: << in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 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 >>.

Escluso, quindi, che la decisione sull'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, possa essere assorbita dalla decisione assunta dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 35, comma 3, rimane da verificare se essa possa essere direttamente "traslata" al Giudice amministrativo nell'ambito del ricorso ex art. 36, comma 4, del Codice (volto ad accertare la sussistenza di un "segreto tecnico o commerciale" in relazione ad una richiesta di oscuramento dell'offerta), in considerazione della particolare natura del processo (vertente sul "rapporto" e non sull'"atto") e degli ampi poteri decisionali del giudice ex art. 116 c.p.a..

Un primo ostacolo è di ordine letterale: l'art. 36, comma 4, si applica alle *"decisioni di cui al comma 3"*, ovvero alle decisioni *"assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)"*, che (come detto) sono cosa diversa dalle decisioni sull'accesso difensivo ex art. 35, comma 5 e la natura "speciale" della disposizione non sembra consentirne l'applicabilità anche ai giudizi sulla *"indispensabilità"* dei documenti.

In secondo luogo, può osservarsi che l'assunto secondo il quale il giudizio sulla *"indispensabilità"* dell'accesso non implica una *"discrezionalità amministrativa e tecnica"* ⁵⁹, al di là della sua opinabilità ⁶⁰, non sembra neppure decisivo ove si consideri che nel fare applicazione dei propri poteri decisionali ex art. 116 c.p.a. il Giudice amministrativo è notoriamente molto prudente, essendo restio ad assumere

⁵⁹ Riecheggia l'affermazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4 del 2021 in tema di accesso difensivo ex art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990, secondo la quale << 15. Siffatto giudizio di sussunzione, che costituisce la base fondante dell'accesso difensivo, è regolato in ogni suo aspetto dalla legge (e dal rispettivo regolamento di attuazione), mostrandosi privo di tratti "liberi" lasciati alla interpretazione discrezionale dell'autorità amministrativa ovvero alla prudente interpretazione del giudice. >>. Con specifico riferimento allo "speciale" accesso difensivo ex Codice dei contratti, vedasi T.a.r. Bologna sez. II 6 dicembre 2022, n. 977, per il quale << dev e escludersi la sussistenza di qualsiasi potere di "bilanciamento" degli interessi in gioco in capo all'amministrazione, che dovrà limitarsi a verificare - e a motivare puntualmente - circa la sussistenza dei presupposti a fronte dei quali il legislatore ha ritenuto, in materia di appalti, di limitare o escludere - che, lo si ricorra, costituisce eccezione al generale principio di accesso - il diritto di accesso agli atti amministrativi. >> ; ed analogamente T.a.r. Ancona 6 febbraio 2015, n. 116.

⁶⁰ In proposito non manca una giurisprudenza che riconosce uno spazio discrezionale in capo alla P.A. nella ponderazione degli interessi in gioco. Con specifico riferimento all'accesso difensivo ex art. 53, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, si è detto che << il divieto di accesso assume carattere relativo, nel senso che il "diritto alla riservatezza" va ponderato con il c.d. "diritto alla trasparenza" motivato da esigenze difensive: è il tema generale e di ampia portata sistematica del bilanciamento tra diritti contrapposti .. >> (Cons. St. n. 1253 del 2021 cit.; sez. III 11 dicembre 2023, n. 10647). Per Giallombardo (2024) cit., la valutazione sulla *"indispensabilità"* dell'accesso è tipicamente *"discrezionale"*.

decisioni in tema di accesso che implichino un qualche grado di apprezzamento degli interessi in gioco ⁶¹; e detto indirizzo è particolarmente radicato nei giudizi riguardanti l'accesso agli atti delle procedure contrattuali ⁶².

Ma, al di là dei limiti del potere decisionale del Giudice amministrativo, l'ostacolo che sembra insuperabile riguarda l'art. 34, comma 2, c.p.a. (*"In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati."*).

Come noto, la disposizione è stata introdotta nel Codice del Processo Amministrativo << .. al fine di evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro, con palese violazione del principio della divisione dei poteri. >> (vedi relazione finale luglio 2010).

Detta norma è considerata << espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva dell'amministrazione) >> ed implica << il divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorchè marginali >> (Cons. St. A.P. 27 aprile 2015, n. 5).

Che si tratti di un principio inderogabile anche in materia di accesso è dimostrato dalla interpretazione che la giurisprudenza ha dato al ricorso ex art. 116, comma 2, c.p.a., che non è ammesso *per saltum*, dovendo avere sempre ad oggetto un provvedimento amministrativo che decide un'istanza di accesso ⁶³.

Ma, oltre a questa sua fondamentale funzione riguardante il rapporto tra i poteri dello Stato, l'art. 34, comma 2, c.p.a. garantisce anche che l'amministrato possa sempre esercitare le sue situazioni giuridiche soggettive in prima battuta nei confronti della

⁶¹ Vedi, ad esempio, T.a.r. Roma sez. IV bis 23 settembre 2022, n. 12129 e T.a.r. Firenze sez. I 23 novembre 2023, n. 1081 in relazione a casi in cui si era riscontrato nel provvedimento impugnato un difetto di motivazione nella ponderazione degli interessi in gioco ai fini dell'accesso difensivo ex art. 24, comma 7, legge n. 241 del 1990.

⁶² Ampia casistica riguarda i casi in cui l'istanza di accesso all'offerta viene rigettata dalla stazione appaltante per presunti "segreti tecnici e commerciali" in accoglimento dell'opposizione dell'offerente, ma senza adeguata motivazione: in tal caso, il Giudice amministrativo annulla il provvedimento di rigetto, ordinando alla stazione appaltante il riesame motivato dell'istanza nel rispetto della parte conformativa della sentenza, previa, se del caso, richiesta di chiarimenti ai controinteressati (tra le tante: Cons. St. n. 6448 del 2022 cit.; T.a.r. Roma sez. III 8 febbraio 2019, n. 1021; Palermo sez. I 29 settembre 2020, n. 1968; Bari sez. I 31 marzo 2023, n. 588 e 26 luglio 2023, n. 1035; Catania sez. II 8 aprile 2024, n. 1328; Venezia n. 1753 del 2024 cit.).

⁶³ Vedi, tra le più recenti, Cons. St. sez. V 29 gennaio 2024, n. 871, secondo cui non è possibile invertire il rapporto tra procedimento e processo.

Pubblica Amministrazione e poi, eventualmente, per sua libera scelta, davanti al Giudice Amministrativo.

In altri termini, la norma non sembra consentire soluzioni interpretative che impongano all'amministrato di esperire direttamente un'azione giudiziale per far valere i suoi diritti o interessi legittimi senza avere avuto la possibilità di sottoporre prima la questione all'Amministrazione.

In tal caso, infatti, la “traslazione” della questione direttamente al Giudice diventerebbe obbligata e si tradurrebbe in una sorta di coartazione del diritto di azione giudiziale, senza la possibilità di una previa interlocuzione con l'Amministrazione.

Ciò è quanto si verificherebbe ove si ritenesse che l'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice possa essere esercitato soltanto con ricorso ex art. 36, comma 4, da presentare entro 10 giorni dalla comunicazione ex art. 90 del Codice.

Tra l'altro, se una qualche semplificazione processuale potrebbe aversi nei casi in cui l'interessato a far valere l'accesso difensivo abbia già adito il Giudice amministrativo per contestare la sussistenza di un “segreto tecnico o commerciale”, nessuna semplificazione si avrebbe nei casi in cui l'interessato a far valere l'accesso difensivo non sia già in giudizio: si pensi al caso in cui l'operatore economico non intenda contestare la sussistenza di un “segreto tecnico o commerciale” nell'offerta del concorrente, ma intenda comunque far valere il suo diritto di accesso difensivo; oppure al caso in cui è l'impresa concorrente che si è vista respingere la sua richiesta di oscuramento a proporre ricorso.

In questi casi, secondo la suesposta soluzione interpretativa, l'operatore che volesse far valere il suo diritto di accesso difensivo sarebbe costretto a farlo in sede giudiziale (proponendo ricorso ex art. 36, comma 4), senza avere avuto la possibilità di sottoporre le sue ragioni (in modo più semplice ed economico) alla stazione appaltante e senza alcun particolare vantaggio in termini di semplificazione processuale.

Si consideri, poi, che la de-procedimentalizzazione dell'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice sarebbe in ogni caso incompleta, atteso che: non potrebbe comunque riguardare l'accesso difensivo esercitato al fine di superare il segreto sui “*diritti di privativa intellettuale su piattaforme digitali ed infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante*” ex art. 35, comma 4, lett. b), n. 3, fattispecie estranea alle “*decisioni di*

cui al comma 3” (ovvero alle decisioni “assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell’articolo 35, comma 4, lettera a)”); non potrebbe comunque riguardare l’accesso difensivo esercitato da soggetti diversi dai primi cinque classificati che, benché di difficile verifica, non può escludersi in modo assoluto ⁶⁴.

Sicché, aderendo alla soluzione qui avversata, ne scaturirebbe un sistema estremamente frastagliato, in cui l’accesso difensivo del Codice è in alcuni casi procedimentalizzato ed in altri casi de-procedimentalizzato.

In definitiva, si ritiene che sussistano innumerevoli argomenti che inducono a ritenere che anche nel regime attuale del d.lgs. n. 36 del 2023 l’esercizio dell’accesso difensivo presuppone sempre lo svolgimento di un ordinario procedimento amministrativo, che si articola in una fase di iniziativa (istanza motivata di accesso), una fase istruttoria ed una fase decisionale riservata alla stazione appaltante.

Ciò implica che, se con il “dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte” si conclude il procedimento previsto dall’art. 36, comma 3, l’interessato può sempre attivare un altro e distinto procedimento per far valere l’accesso difensivo ex art. 36, comma 5 ⁶⁵.

Le esigenze di semplificazione processuale potranno, se del caso, essere comunque garantite mediante lo strumento dei “motivi aggiunti” al ricorso proposto ex art. 116 e 36 del Codice ⁶⁶.

4.4. Le fasi del procedimento di accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice.

⁶⁴ Vedi nota n. ____.

⁶⁵ In questo senso Giallombardo (2024) cit., il quale osserva che se la P.A. (in prima battuta) e poi il Giudice (in seconda battuta) dovessero accertare l’esistenza di un “segreto tecnico e commerciale” nell’offerta, << Ciò comporterebbe, a sua volta, l’eventuale attivazione, dato l’intervenuto oscuramento dell’offerta, da parte del concorrente comunque interessato all’ostensione integrale della medesima, del procedimento amministrativo “ordinario” di accesso di cui all’art. 35 d.lgs. n. 36/2023, nel cui ambito egli potrà dimostrare all’Amministrazione l’indispensabilità dell’ostensione e al cui esito potrà nuovamente agire per l’accesso in sede giurisdizionale. >>.

⁶⁶ E’ il caso già visto in cui l’interessato impugna la decisione di oscuramento adottata dalla stazione appaltante ai sensi dell’articolo 36, comma 4, e poi impugna anche il successivo provvedimento di reiezione dell’istanza di accesso difensivo” ex art. 35, comma 5, rivendicando l’”indispensabilità” del documento per esigenze difensive.

Nella soluzione sopra proposta, non vi è dubbio che, per quanto riguarda la fase di iniziativa, il concorrente interessato ad esercitare l'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, debba presentare apposita istanza motivata, secondo i principi già elaborati dalla giurisprudenza nel vigore del precedente Codice dei contratti.

Per quanto riguarda le modalità di presentazione dell'istanza, se essa (come si presume avvenga nella gran parte dei casi) è presentata da un operatore economico che ha partecipato alla gara, viene in considerazione da una parte l'art. 21, comma 3, del Codice, che impone a tutti gli operatori che intervengono nel ciclo di vita dei contratti pubblici di operare attraverso le infrastrutture digitali messe a disposizione dalla stazione appaltante secondo le norme del Codice dei contratti e del Codice di amministrazione digitale e, dall'altra, l'art. 22, comma 2, che prevede che *“Le piattaforme e i servizi digitali di cui al comma 1 consentono, in particolare: ... c) l'accesso elettronico alla documentazione di gara;”*.

Alla luce succitate disposizioni, la stazione appaltante dovrà quindi mettere in condizione i partecipanti alla procedura, interessati a far valere l'accesso difensivo ex art. 35, comma 5, in condizione di presentare la relativa istanza attraverso la piattaforma digitale.

Quanto alla fase istruttoria del procedimento, ci si può chiedere se la stazione appaltante, una volta ricevuta l'istanza di accesso difensivo, sia tenuta a comunicarla alle imprese che in sede di offerta hanno dichiarato la loro opposizione all'accesso per la presenza di “segreti tecnici e commerciali”, in qualità di controinteressate.

Al riguardo, si potrebbe sostenere che, in mancanza di norme che dispongano diversamente, debbano trovare applicazione le disposizioni generali sul procedimento di accesso, che prevedono la comunicazione al controinteressato ex art. 22, comma 1, lett. c), legge n. 241 del 1990 e art. 3 d.P.R. 184 del 2006 ⁶⁷.

Per contro, sembra più convincente ritenere che, in considerazione della “specialità” dell'accesso difensivo previsto dal Codice e delle esigenze di semplificazione e speditezza del procedimento di scelta del contraente, la stazione appaltante non sia obbligata ad inviare all'impresa che si è opposta all'accesso la comunicazione al

⁶⁷ In questo senso vedasi Giustiniani M. in Nuovo Codice dei contratti pubblici, Giuffrè, 2023, per il quale << .. la presentazione di un'istanza di accesso impone alla stazione appaltante di coinvolgere, nel rispetto del contraddittorio, il concorrente controinteressato, nelle forme previste dalla disciplina generale del procedimento amministrativo .. >> (pag. 209).

controinteressato ex art. 3 d.P.R. 184 del 2006, visto che la ragioni sottese al “segreto tecnico e commerciale” sono già state rappresentate in sede di offerta o di giustificazioni, mentre ogni ulteriore osservazione dell’opponente in merito alla sussistenza degli ulteriori presupposti per l’accesso difensivo fatto valere dal concorrente sarebbe ultronea, siccome riservata alla esclusiva sfera decisionale della stazione appaltante.

Per quanto, infine, concerne la fase decisionale, in assenza di norme derogatorie espresse, trovano applicazione le regole generali del procedimento di accesso.

E ciò vale anche per l’ostensione dei documenti richiesti, visto che l’art. 36, comma 5, del Codice (che prevede il suo differimento sino alla scadenza del termine di impugnazione delle decisioni di cui al comma 4) si riferisce specificamente al “*caso in cui la stazione appaltante o l’ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall’offerente ai sensi dell’articolo 35, comma 4, lettera a)*” e la disposizione, avente carattere “speciale”, non sembra, a rigore, applicabile al procedimento di accesso difensivo ex art. 35, comma 5, del Codice, che implica, come detto, una decisione distinta ed autonoma da quella riguardante la sussistenza di “segreti tecnici o commerciali”.

Andrea Berti

Avvocato