

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau

Come cambia il diritto di accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici

1. Fatto

Il Tar Puglia, Bari Sez. II, con la sentenza n. 1388 del 1° dicembre 2023, accoglie il ricorso del secondo classificato raggruppamento temporaneo di imprese il quale chiedeva l'annullamento, previa sospensione, degli atti relativi alla procedura di gara indetta dall'ANAS S.p.A., per l'affidamento dei lavori e del servizio di monitoraggio ambientale e l'annullamento del parziale diniego opposto dalla stazione appaltante all'istanza di accesso agli atti prodotti dall'aggiudicataria con esibizione e rilascio copia di tutti i documenti richiesti entro il termine di 15 giorni dalla notifica oppure dalla comunicazione della suddetta sentenza¹.

Il Tar Puglia, nell'accogliere il ricorso, chiarisce che l'accesso è legittimamente finalizzato a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di ammissione alla procedura dell'aggiudicataria e ribadisce che non è possibile negare l'accesso quando quest'ultimo è basato su solide ragioni dal *carattere defenzionale*, poiché dall'accesso a detti documenti potrebbero innegabilmente scaturire opportunità di più compiuta e completa difesa in giudizio per la posizione del ricorrente².

L'accesso, secondo il Collegio, delinea pertanto una posizione di interesse che resta aperta per tutta la durata della procedura, al fine di garantire la massima trasparenza possibile dell'operato amministrativo della stazione appaltante a supporto di una conferma del loro operato³.

2. L'accesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Come anticipato, il Tar sposa una lettura forte confermando che l'accesso agli atti e documenti è un bene giuridico autonomo *non necessariamente coincidente in senso stretto con quello*

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi Università di Camerino

² Ai sensi dell'art 53, D.lgs. n. 50/2016, l'accesso «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» è tendenzialmente escluso, salvo nei confronti del «concorrente al fine della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto».

³ "[...] La giurisprudenza da tempo ha precisato che l'interesse all'accesso rappresenta una situazione giuridicamente autonoma e non necessariamente coincidente in senso stretto con quello all'impugnativa di un provvedimento amministrativo".

*all'impugnativa di un provvedimento amministrativo*⁴ e fonda una posizione di potere del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione. L'interesse all'accesso agli atti di gara configura una posizione giuridica soggettiva che è di per sé del tutto indipendente da altre richieste formulate dal concorrente nell'eventuale giudizio specificamente rivolto all'annullamento degli atti della gara medesima, non potendosi pertanto in alcun modo eccepire l'inammissibilità quale oggetto dell'impugnativa.

La sentenza, tuttavia, va oltre la normativa vigente al momento dei fatti⁵ ed offre un significativo spunto di riflessione sull'evoluzione normativa della materia anche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 36/2023⁶, che introduce una nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara volta a velocizzare e pubblicizzare integralmente le procedure al fine di evitare contenziosi spesso strumentali per la difesa del c.d. *know-how* industriale e commerciale.

La semplificazione delle procedure viene ad essere realizzata con la previsione che con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione dovranno essere rese note anche le decisioni assunte dalla Stazione appaltante⁷ sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali. Gli operatori, pertanto, non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso. 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. Le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate appunto contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere impugunate solamente per le vie giudiziali, nel breve termine di dieci giorni.

In merito alla pubblicizzazione delle procedure di gara, ai primi cinque classificati in graduatoria, sarà consentito di visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso piattaforme informatiche.

⁴ Il giudice ricorda che l'art. 24 della L. 241/1990 garantisce l'accesso proprio a quegli atti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici e che comunque non vi è dubbio sul fatto che il ricorrente sia titolare di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata ai documenti ai quali ha richiesto l'appello, anche al fine di curare e difendere i propri interessi.

⁵ Ai sensi dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016, l'accesso 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 è tendenzialmente escluso salvo nei confronti del concorrente al fine della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

⁶ In particolare, D.lgs. n. 36/2023, articoli 35 "*Accesso agli atti e riservatezza*" che introduce due novità importanti in merito alla digitalizzazione delle procedure e la piena operatività dell'accesso civico semplice e generalizzato e 36 "*Norme procedurali e processuali in tema di accesso*" con il quale si dettano linee di accelerazioni delle procedure di accesso e disciplina l'oscuramento delle informazioni riservate contenute nelle offerte del partecipante.

⁷ Al momento della valutazione delle offerte, la stazione appaltante deciderà in maniera del tutto autonoma.

Citando la sentenza “... sempre restando su un piano generale, la stessa scelta a monte di partecipare ad una procedura pubblica di selezione – con le esigenze di trasparenza che la connotano – implica necessariamente il rischio di una possibile “pubblicizzazione” del segreto tecnico o commerciale, essendo evidente che, proprio in correlazione all’insorgere di un possibile contenzioso in relazione alla stessa, la parte, in prima battuta, o se del caso il Giudice, nell’esercizio dei propri poteri istruttori, potrebbero realisticamente utilizzare in tutto o in parte per le esigenze del giudizio il materiale astrattamente coperto da segreto, in tal modo inevitabilmente pubblicizzandolo. Nello stesso partecipare ad una procedura di evidenza pubblica vi è dunque una potenziale “accettazione del rischio” di pubblicizzazione dei contenuti dell’offerta, con particolare riguardo all’insorgere di esigenze processuali”. Sembra evidente come l’accettazione del rischio potenziale che segreti industriali o know-how particolarmente qualificati possano essere resi pubblici in un eventuale giudizio sembra essere insito al momento della partecipazione ad una procedura pubblica per la quale la trasparenza dell’operato deve essere il filo conduttore per tutta la sua durata.

3. Conclusioni

La sentenza oggetto della presente trattazione ha esaminato il diritto di accesso nella sua forma evolutiva, nel senso che il giudice non ha cercato di dirimere la questione trattando soltanto il dato normativo applicabile al momento della realizzazione della fattispecie ma ha analizzato l’evolversi del diritto nel tempo, soprattutto alla luce della recente introduzione degli artt. 35 e 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici. In definitiva, il quadro che emerge è quello di una pubblicizzazione generale della gara pubblica e di tutte le sue fasi con conseguente accesso agli atti e documenti che deve avvenire in maniera completa ed integrale.