

Sull'accesso documentale e civico agli atti di gara

Ai sensi dell'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241".

Le suddette norme della legge generale sul procedimento amministrativo in tema di accesso documentale vanno comunque integrate con quanto disposto dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016, cit.).

In particolare, ai sensi il codice, al comma 5 del suddetto art. 53, elenca alcuni casi in relazione ai quali il diritto di accesso (e ogni forma di divulgazione) è del tutto escluso.

Le suddette compressioni dell'art. 53 del Codice, rispetto al diritto di accesso ammesso in via generale dalle norme della legge n. 24 del 1990, rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo (attenendosi a quanto tassativamente ed espressamente contenuto in esse; TAR Aosta, 5 giugno 2017, n. 34).

Tuttavia, qualora la richiesta avanzata sia qualificata quale richiesta di accesso difensivo, come tale processualmente preordinato all'esercizio dell'inviolabile diritto di difesa ex art. 24 Cost. e sostanzialmente posto a presidio del fondamentale canone di imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., esso è consentito, ai sensi del comma 6 dell'art. 53 cit., anche nei casi in cui questo dovrebbe essere vietato ai sensi dell'art. 53, comma 5, cit. (sul punto, TAR Calabria, Catanzaro, 15 maggio 2017, n. 761; TAR Aosta, 5 giugno 2017, n. 34).

La P.A. deve, quindi, in questi casi, accordare l'ostensione dei documenti richiesti, non senza avere verificato, previamente che il richiedente non sia incorso in preclusioni processuali e non senza avere effettuato ex ante un controllo accurato circa la concreta utilità della documentazione di cui era stata richiesta l'ostensione - cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 49; Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2010, n. 2814-).

Occorre tuttavia rilevare che la giurisprudenza non ritiene necessario che al momento della richiesta di accesso il giudizio sia già incardinato, essendo sufficiente che la lite sia anche solo potenziale (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 199).

Qualora la procedura negoziata cui gli atti afferiscano sia ancora in corso, nel riconoscere il diritto di accesso difensivo ai sensi dell'art. 53 cit., la p.A. deve tener conto della parte della disposizione che consente di differire l'accesso stesso (art. 53, comma 2; relativamente alla sola offerta tecnico/economica, però, e non anche della documentazione amministrativa, posto che la conoscenza di tale documentazione costituisce un elemento imprescindibile «per l'esercizio del diritto di difesa in relazione al nuovo sistema delineato dall'articolo 120, comma 2-bis, c.p.a., che onera i concorrenti dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni» -TAR Veneto, sez. I, ord. n. 512 del 2017-).

Occorre rilevare che il richiedente è legittimato a richiedere un accesso di tal tipo solo qualora abbia effettivamente partecipato alla procedura dei cui atti chiedi l'ostensione, posto che, come precisato dalla giurisprudenza, la legittimazione all'accesso spetta esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara (tra le tante, TAR Lazio, Roma, 5 settembre 2012, n. 213).

Qualora la legittimazione sostanziale manchi, l'amministrato potrebbe esercitare il diritto di accesso civico generalizzato ex art. 5 d.lgs. n. 33 del 2013; in quest'ultimo caso, troverebbe comunque applicazione l'art. 5-bis dello stesso decreto: l'amministrazione, dunque, nel valutare la richiesta, dovrebbe verificare se effettivamente la conoscibilità degli atti possa essere riconosciuta ovvero debba essere negata per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi privati elencati nella norma -tra cui "gli interessi economici e commerciali di una persona giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore, i segreti commerciali"; sul punto, cfr. ANAC, delibera del 29 marzo 2017, n. 317-).

Tuttavia, secondo la recente giurisprudenza di merito, il diritto di accesso civico non può essere esercitato nei confronti di atti di una gara d'appalto.



Il **TAR Parma, 18 luglio 2018, n. 197**, dichiarando legittimo il diniego di accesso civico agli atti di una gara pubblica e a quelli di esecuzione del contratto, chiesti da un operatore del settore escluso dalla procedura, ha ritenuto che la speciale disciplina contenuta nell'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016 (ivi ricompreso l'espresso richiamo all'applicabilità delle regole in materia di diritto di accesso ordinario di cui alla l. n. 241/1990) debba considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico generalizzato, ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 (a mente del quale "il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990").

Nello stesso senso, si è di recente orientato il **TAR Marche, 18 ottobre 2018, n. 677**.