

Diritto di accesso alla documentazione amministrativa e gare d'appalto

Right to access to administrative documentation and public procurement procedures

di Giuseppe Di Pietro

Abstract [ITA]: il saggio affronta il tema del diritto di accesso alla documentazione amministrativa afferente alle procedure di appalto pubblico, analizzando la normativa vigente e le problematiche emerse dalla prassi e dal contenzioso che è stato generato dal Codice dei contratti pubblici. Sulla scorta delle riflessioni condotte, si formuleranno alcuni suggerimenti operativi e delle prospettive *de iure condendo*.

Abstract [ENG]: *the paper deals with the issue of the right of access to administrative documentation relating to public procurement procedures, analyzing the legislation in force and the critical issues that have emerged from the practice and the litigation that has been generated by the Public Procurement Code. Starting from that, some operational suggestions and de iure condendo perspectives will be formulated.*

Parole chiave: accesso alla documentazione amministrativa – procedimento amministrativo – Codice dei contratti pubblici

Keywords: *access to administrative documentation – administrative procedure – Public Procurement Code*

SOMMARIO: 1. Premesse. L'idea della pubblica amministrazione come "casa di vetro". – 2. Il "controinteresse". Dei segreti tecnici e commerciali. – 3. *Segue*. La tutela della *privacy*. – 4. «Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90». – 5. Conclusioni.

1. Premesse. L'idea della pubblica amministrazione come "casa di vetro".

Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi è disciplinato, nell'ordinamento giuridico italiano, da innumerevoli fonti, di livello primario e secondario. Si rammentano, tra l'altro, gli artt. 10, comma 1, lett. a) (sul c.d. "accesso endoprocedimentale", da parte del soggetto cui deve essere comunicato l'avvio del procedimento) e 22 ss (sul c.d. "accesso esoprocedimentale") l. 7 agosto 1990, n. 241 (recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di accesso ai documenti amministrativi"), il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 ("Codice dell'amministrazione digitale"), il d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 ("Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi"), il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (sul "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni"), il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 ("Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza"), nonché, da ultimo, gli artt. 35 e 36 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ("Codice dei contratti pubblici").

La dottrina, intervenendo ampiamente su questo tema, ha evidenziato, allora, come il sistema giuridico abbia progressivamente rafforzato il diritto di accesso alla documentazione amministrativa in capo al privato, sulla scorta del crescente valore assunto dal principio di trasparenza dell'azione della P.A. (che rappresenta, si potrebbe sostenere, corollario dei principi di imparzialità e buon

andamento, di cui all'art. 97 Cost.), nonché sull'idea, per l'appunto, della pubblica amministrazione come "casa di vetro"¹.

¹ In argomento, solo per richiamare alcuni dei contributi più rilevanti pubblicati su riviste, vd. P. PALMIERI, *Diritto di accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione*, in *Amm. It.*, 1991, 7-8, 1210 ss; E. CANNADA-BARTOLI, *Brevi note sull'accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1991, 10, 1, 2655 ss; C. APRILE, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: i precedenti legislativi e la nuova disciplina contenuta nella l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1991, 10, 2, 389 ss; P. PULIATTI, *Primi avvisi giurisprudenziali sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1991, 12, 2, 497 ss; I. PASINI, *Osservazioni sul diritto di accesso ai documenti amministrativi: la l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. Soc.*, 1992, 2, 347 ss; I. DE ANGELIS, *Primi orientamenti della giurisprudenza in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1992, 4, 3, 502 ss; S. TASSONE, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi ed effettività della tutela*, in *Giur. It.*, 1992, 8-9, 3, 752 ss; P. LA ROCCA, *Trasparenza amministrativa: diritto di accesso e di copia dei documenti amministrativi*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 1992, 23-24, 2486 ss; F. ROSI, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi. Profili di diritto straniero e comunitario*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1993, 4, 2, 412 ss; P. CARNEVALE, *Brevi riflessioni sul regolamento governativo per l'attuazione del diritto di accesso ai documenti amministrativi (d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352)*, in *CdS*, 1993, 4, 2, 793 ss; I. DE ANGELIS, *Brevi note in materia di accesso ai documenti amministrativi e sulla partecipazione al procedimento ex lege 7 agosto 1990 n. 241*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1993, 6-7, 3, 814 ss; F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 2, 206 ss; B. MASTROPIETRO, *I rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, alla luce dei principi contenuti nella l. 241/1990. Cenni sul regolamento governativo del diritto di accesso ai documenti amministrativi (d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352)*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1994, 4-5, 641 ss; A. CARETTO, *Il diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi. Posizioni soggettive e tutela giustiziale*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 1996, 2, 146 ss; G. CUDA, *Rapporto cittadino-amministrazione. Titolari del diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 1996, 3, 247 ss; G. DE AMICIS, *Sulla tutela penale dell'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giur. Mer.*, 1997, 4-5, 788 ss; I. MELIS, *Note sull'accesso ai documenti amministrativi. Casi pratici e principi giurisprudenziali*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 1997, 5, 541 ss; R. UBERTO, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi: profili essenziali di diritto italiano e comunitario*, in *Enti Pub.*, 1997, 7-8, 773 ss; D. FODERINI, *L'interesse richiesto per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi nella l. 241/90 e nella l. 142/90*, in *Amm. It.*, 1997, 10, 1437 ss; G. CAVALLARI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 1998, 7-8, 804 ss; G. SORICELLI, *Riservatezza di terzi e accesso ai documenti amministrativi: un problema infinito*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1999, 2-3, 129 ss; P. LA ROCCA, *La tutela giurisdizionale e penale del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 1999, 24, 2370 ss; M. GAMBINO, *Accesso ai documenti amministrativi e tutela della riservatezza dopo il varo della normativa sui dati personali*, in *Nuove Auton.*, 2000, 4-5, 745 ss; P. LA ROCCA, *Relazione tra il diritto di accesso ai documenti amministrativi e l'interesse alla tutela della riservatezza come limite alla trasparenza alla luce della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato e del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Com. It.*, 2000, 7-8, 1007 ss; G. MISSERINI, *L'accesso ai documenti amministrativi nella giurisprudenza. Rassegna sistematica delle decisioni emesse nel decennio 1990-2000*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2000, 10-11, 2, 1127 ss; S. MELCHIONNA, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza, due diritti a confronto*, in *Giur. It.*, 2001, 1, 185 ss; P. PALLARO, *Diritto di accesso ai documenti pubblici e protezione di informazioni riservate nel diritto comunitario*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 2001, 3, 437 ss; G. CASTRONOVO, *Un nuovo compito per i difensori civici: verificare la legittimità del diniego di accesso ai documenti amministrativi*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 2002, 7, 799 ss; F. MAZZIA – D. SCICOLONE, *Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Nuovo Dir.*, 2002, 7-8, 583 ss; M. BALESTRIERI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Comuni d'Italia*, 2002, 7-8, 953 ss; M. PELUSO, *Il difficile rapporto tra accesso ai documenti amministrativi e riservatezza dei terzi tra interventi normativi e applicazioni giurisprudenziali: profili problematici e spunti ricostruttivi*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2002, 9, 1, 847 ss; M. PELUSO, *Il difficile rapporto tra accesso ai documenti amministrativi e riservatezza dei terzi tra interventi normativi e applicazioni giurisprudenziali: profili problematici e spunti ricostruttivi*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2002, 9, 1, 847 ss; M.C. CAVALLARO, *Diritto d'accesso ai documenti amministrativi e tutela della privacy: un difficile equilibrio?*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 9, 2929 ss; C. ANGELONE, *Il difficile "cammino" dell'accesso ai documenti amministrativi: recenti orientamenti della giurisprudenza*, in *P.Q.M.*, 2003, 1, 2, 110 ss; R. GRECO, *Diritto di accesso dei consiglieri comunali e provinciali ai documenti amministrativi*, in *Nuove Auton.*, 2003, 1-2, 213 ss; M. ANTONUCCI, *Elementi di comparazione tra la normativa comunitaria e quella italiana in tema di diritto di accesso ad atti e documenti riservati*, in *CdS*, 2003, 2, 2, 373 ss; F. D'ORIANO, *Il caso Interporc: brevi riflessioni sull'evoluzione del diritto di accesso ai documenti comunitari*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2003, 3, 1380 ss; M. DEBIASI, *Le richieste dirette all'accesso ai documenti amministrativi: modalità di esplicazione e relativo trattamento fiscale. Il caso particolare delle istanze di accesso inviate per via telematica*, in *Informator*, 2003, 4, 39 ss; I. PAOLA, *Circa l'accesso a documenti*, in *Foro It.*, 2003, 4, 3, 205 ss; F. D'ORIANO, *Il diritto di accesso ai documenti comunitari*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2003, 4, 1990 ss; L. CIVETTA, *Tutela della privacy ed accesso ai documenti amministrativi*, in *Nuovo Dir.*, 2003, 5, 1, 390 ss; A. ARDITO, *L'eccezione di differimento*

dell'accesso ai documenti amministrativi, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2003, 5, 2, 469 ss; A. PANTALEO, *Il diritto di accesso ai documenti della P.A. e il rapporto tra quest'ultimo e il diritto alla riservatezza*, in *Nuovo Dir.*, 2003, 6, 1, 464 ss; M. ALESIO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: ulteriori riflessioni sulla natura giuridica*, in *Nuovo Dir.*, 2003, 7-8, 2, 642 ss; L. CARROZZA, *Sul diritto di accesso ai documenti*, in *Foro It.*, 2003, 9, 3, 489 ss; E. DE CASTRO, *Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi ed in ipotesi di pareri resi da professionisti esterni alla P.A.*, in *Trib. Amm. Reg.*, 2003, 9, 1, 2946 ss; S. CURTO, *In tema di accesso ai documenti formati o posseduti dalle Istituzioni europee*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2004, 1, 333 ss; O. CRISTANTE, *Sull'interesse richiesto ai fini dell'accesso ai documenti amministrativi*, in *Contr. St. Ent. Pub.*, 2004, 2, 289 ss; F. CUOCOLO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi (presupposti costituzionali)*, in *Quad. Reg.*, 2004, 3, 1041 ss; P. VELLUSO, *Diniego di accesso ai documenti amministrativi e partecipazione procedimentale*, in *Trib. Amm. Reg.*, 2004, 3, 1, 981 ss; M. LIPARI, *Il trattamento dei dati personali in ambito pubblico e l'accesso ai documenti*, in *Dir. Form.*, 2004, 3, 435 ss; E. PREITI, *Il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Rass. Giur. En. El.* 2004, 4, 3, 967 ss; R. CAPONE, *I limiti all'accesso ai documenti amministrativi: i pareri legali fra visibilità e segreto*, in *Dir. Form.*, 2004, 5, 688 ss; A. POMARICO, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Enti Pub.*, 2004, 7-8, 429 ss; M. CECCHINI, *Accesso ai documenti concernenti sfera sessuale e salute*, in *CdS*, 2004, 9, 1, 1837 ss; F. MAZZIA, *Accesso ai documenti e riservatezza*, in *CdS*, 2004, 9, 1, 1841 ss; F. ARCADIO, *Limiti al diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi comunali e in genere agli atti della pubblica amministrazione*, in *Amm. It.*, 2004, 10, 1369 ss; M. LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005 n. 15)*, in *Giust. Amm.*, 2005, 1, 126 ss; A. SANDULLI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 5, 494 ss; R. PANOZZO, *La Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, in *Stato Civ. It.*, 2005, 7, 516 ss; A. CELOTTO, *Semplificazione o complicazione? Un appunto di tecnica normativa sul d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184*, in *Giust. Amm.*, 2006, 2, 397 ss; A. PETRILLO, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dopo la l. n. 15 dell'11 febbraio 2005*, in *Riv. Corte Cont.*, 2006, 4, 4, 208 ss; T. TESSARO, *Profili significativi del nuovo accesso ai documenti amministrativi*, in *Comuni d'Italia*, 2006, 6, 8 ss; R. TOMEI, *Origine ed evoluzione dell'accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2006, 7-8, 581 ss; A. SIMONATI, *Il regolamento sull'accesso ai documenti amministrativi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 10, 1060 ss; R. TOMEI, *L'accesso ai documenti amministrativi del d.P.R. 184/2006*, in *Nuovo Dir.*, 2007, 1-2, 80 ss; A. SANDULLI, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 6, 669 ss; M. LIPARI, *Riservatezza e accesso ai documenti: le questioni aperte*, in *Corr. Mer.*, 2007, 11, 1333 ss; F. NICODEMO, *L'accesso ai documenti della P.A.: alcune questioni aperte*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2008, 5-6, 2, 247 ss; N. GULLO, *Prime note sull'accesso ai documenti amministrativi degli enti locali dopo la l. n. 69 del 2009*, in *Nuove Auton.*, 2009, 1, 87 ss; M. MASTRANDREA, *In tema di accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro It.*, 2009, 5, 4, 265 ss; A. VERGINE, *Accesso agli atti amministrativi: sussiste l'onere per l'istante di fornire indizi precisi circa l'esistenza degli atti o dei documenti dei quali richiede l'ostensione*, in *Foro Tosc.*, 2010, 1, 128 ss; A. MELIS, *Ammissibilità e presupposti del c.d. diritto di accesso ai documenti della P.A.*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2011, 1, 1, 204 ss; C. NASSIS – M. TROZZO, *Breve dizionario ragionato dell'accesso ai documenti amministrativi*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 2011, 5, 555 ss; R. LEONARDI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: a proposito dei soggetti attivi per un'azione amministrativa trasparente, ma non troppo*, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 6, 2155 ss; S. PIGNATARO, *Forme e modalità di tutela del diritto di accesso agli atti e documenti amministrativi*, in *Giur. Amm.*, 2012, 10, 4, 385 ss; A. MALANDRINO, *Il diritto di accesso ai documenti nelle gare d'appalto e la tutela di interessi commerciali legittimi e della concorrenza*, in *Foro Amm. CDS*, 2013, 7-8, 1803 ss; G. GARGANO, *L'accesso ai documenti amministrativi tra evoluzione legislativa e novità della giurisprudenza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 3, 1287 ss; E. FIDELBO, *L'accesso civico "generalizzato": i rischi di ineffettività della libertà di accedere ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento dell'Unione europea e nel diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pub. Comun.*, 2018, 1, 223 ss; M. STRAZZERI, *L'actio finium regundorum in materia di accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione*, in *Rass. Avv. Stato*, 2018, 2, 206 ss; F. RATTO TRABUCCO, *I dinieghi grossolani per l'accesso ai documenti amministrativi: esperienze applicative nell'epoca della trasparenza*, in *Rass. Avv. Stato*, 2018, 3, 172 ss; A. AVINO, *L'accesso ai documenti di gara tra esigenze di riservatezza e necessità difensive*, in *Urb. App.*, 2018, 5, 692 ss; V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2018, 11, 10 ss; C. TOMMASI, *Il diritto di accesso ai documenti dell'Unione europea: tra partecipazione e controllo diffuso*, in *Riv. It. Dir. Pub. Comun.*, 2019, 6, 839 ss; D. POMMIER VINCELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi in Italia: società civile, politica e burocrazia (2016-2019)*, in *Le Carte e la Storia*, 2020, 2, 143 ss; E. TRAVI, *Diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro It.*, 2020, 4, 3, 207 ss; G. GIANNOTTI, *Una casa di vetro. Il diritto di accesso nell'esperienza giuridica italiana*, in *www.camminodiritto.it*, 11 agosto 2021; L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso: riflessioni a margine della entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*, in *Federalismi.it*, 2021, 11, 221 ss; G. SERRA, *Il bilanciamento tra il diritto d'accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell'attività amministrativa e tecniche di tutela*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2022, 1, 558 ss; M. MATTALIA, *Verso un diritto amministrativo europeo sul diritto di accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea*, in *Dir. Amm.*, 2023, 3, 621 ss; A. CORRADO, *Il regime della trasparenza e dell'accesso digitale ai documenti nei contratti pubblici: vantaggi e criticità alla vigilia dell'applicazione delle nuove norme del Codice*, in *Federalismi.it*,

Volgendo l'attenzione, in questa sede, in particolare, al diritto di accesso alla documentazione di gara, disciplinato attualmente dagli artt. 35 e 36² del Codice dei contratti pubblici, che prevedono una regolamentazione "speciale" rispetto a quella compendiata nella l. n. 241/1990, si può osservare come il legislatore abbia inteso, attraverso suddette disposizioni, superare alcune delle criticità sollevate dal sistema previgente.

Si tratta di previsioni che si inseriscono in un più ampio contesto; difatti, il proposito coltivato dal legislatore, per cui al momento dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante metta a disposizione dei concorrenti (i primi cinque in graduatoria)³ la documentazione amministrativa senza che questi siano costretti a formulare istanza di accesso, è correlato alla c.d. "*stand still clause*", per cui la stipula del contratto non possa intervenire, per l'appunto, se non allorquando risulti scaduto il termine per la promozione del gravame avverso l'aggiudicazione definitiva che, a sua volta, presuppone la conoscenza degli atti di gara da parte dei partecipanti⁴.

Talché, l'obbligo, per la pubblica amministrazione, della *discovery*, ovverosia della messa a disposizione dell'offerta prodotta dall'aggiudicatario nonché di tutti gli atti/documenti che la stazione appaltante ha utilizzato per approdare all'aggiudicazione, al fine di evitare – come rilevato in giurisprudenza – che l'interessato debba spiegare una sorta di "ricorso al buio" (vd., *ex multis*, TAR Campania – Napoli, Sez. V, 23 maggio 2025, n. 3953), così come le problematiche registrate in precedenza, consistenti nella dilatazione dei tempi di definizione del contenzioso relativo all'aggiudicazione medesima, su cui si innestavano le questioni relative all'accesso alla documentazione di gara.

2023, 31, 80 ss; R. CIPPITANI, *La sicurezza come motivo di esclusione dal diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Urb. App.*, 2024, 1, 114 ss.

² Qui di seguito, per comodità di lettura, si riporta, innanzitutto, il testo dell'art. 36, in tema di "norme procedurali 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 di approvvigionamento 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. 3. 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). 4. Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intime possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso. 5. 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. 6. Nel caso di cui al comma 4 la stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro trenta giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento. 7. Il ricorso di cui al comma 4 è fissato d'ufficio in udienza in camera di consiglio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 del codice di cui all'allegato I al decreto legislativo n. 104 del 2010 ed è deciso alla medesima udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione, e la cui motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie. 8. Il rito e i termini di cui ai commi 4 e 7 si applicano anche nei giudizi di impugnazione. 9. Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90».

³ Quelli collocatisi in posizione deteriore, così come quelli esclusi, invece, sono gravati dell'onere di formulare istanza di accesso alla documentazione di gara.

⁴ In argomento, vd. S. BIANCARDI, *Lo stand still period nelle procedure ordinarie ed emergenziali: le disposizioni contenute nel nuovo Codice*, in *App. Contr.*, 2023, 1-2, 82 ss.

Le peculiarità rispetto alla disciplina generale dell'accesso alla documentazione amministrativa, dunque, sono rappresentate, innanzitutto, dall'elisione dell'istanza da parte dell'interessato e, conseguentemente, da una sorta di "presunzione" circa l'interesse di taluni concorrenti all'accesso alla documentazione di gara; in proposito, si potrebbe sostenere, allora, come la richiesta di accesso alla documentazione di gara costituisca, di massima un'eccezione, se non addirittura un elemento rivelatore dell'inadempimento da parte della pubblica amministrazione rispetto agli obblighi di trasparenza connessi alle gare d'appalto (perlomeno nella prospettiva dei primi classificati in graduatoria).

Altra caratteristica della disciplina speciale, giocoforza, è rappresentata dall'eliminazione della fase "dialettica", per cui la pubblica amministrazione, prima di concedere l'accesso, è tenuta ad informare e tener conto dell'eventuale opposizione da parte dei controinteressati. A tal riguardo, dunque, il Codice dei contratti pubblici si è mosso sulla base, si potrebbe sostenere, di una sorta di "consenso implicito": il partecipante alla procedura è conscio ed accetta che gli altri concorrenti possano accedere alla documentazione di gara, rinunciando ad opporsi.

Si è al dinnanzi, evidentemente, ad un articolato sistema che è finalizzato anche a garantire la speditezza ed una maggiore "stabilità" dell'*iter* finalizzato all'affidamento dell'appalto e, dunque, l'efficienza stessa dell'azione amministrativa.

Nel prisma di tali, ambiziosi obiettivi, il legislatore ha, quindi, imposto agli interessati l'onere di specificare, al momento della partecipazione alla gara, dati e informazioni da "segretare", *id est* da oscurare⁵, attraverso dichiarazione corredata da congrua motivazione, "codificando", quindi, una prassi già invalsa nelle procedure *de quibus*.

Segue, dunque, l'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di provvedere con motivazione congrua sulle richieste di oscuramento dei concorrenti, resa conoscibile agli interessati al momento della *discovery*, a valle dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, contestualmente alla sua comunicazione "digitale" (cui provvedono le medesime piattaforme di approvvigionamento). Qualora, peraltro, la pubblica amministrazione appaltante intendesse disattendere le istanze formulate da alcuni dei concorrenti in termini di oscuramento, essa è tenuta ad osservare un termine dilatorio, pari a dieci giorni, finalizzato a consentire all'interessato la proposizione di ricorso giurisdizionale avverso la decisione assunta⁶.

Come si rileverà, allora, qui di seguito, tale complesso normativo solleva questioni teorico-applicative, tra cui spicca quella dell'oscuramento delle offerte ai fini della tutela di "segreti tecnici e commerciali", locuzione che, per il vero, si rivela oltremodo resiliente ad esatta definizione.

2. Il "controinteresse". Dei segreti tecnici e commerciali.

La disciplina della *discovery* nel contesto degli appalti è completata dal già citato art. 35 del Codice dei contratti pubblici⁷, per cui la messa a disposizione della documentazione di gara è posticipata, in gran parte dei casi, all'aggiudicazione definitiva.

⁵ Sull'inammissibilità di istanze di oscuramento successive, vd. D. BOTTEGA, *Sull'accesso agli atti nelle procedure ad evidenza pubblica*, in www.giustiziainsieme.it, 28 giugno 2023.

⁶ Che, tuttavia, non inibisce, *ex se*, alla stazione appaltante l'ostensione dei documenti amministrativi di cui sia stato richiesto l'oscuramento.

⁷ Che, sotto la rubrica "accesso agli atti e riservatezza", così recita: «1. 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 l. 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. 2. Fatta salva la disciplina prevista dal codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato

Quanto ai “segreti tecnici e commerciali”, si è davanti ad uno degli ambiti che si sono rivelati sinora tra i più critici e controvertibili della disciplina dell’accesso ai documenti amministrativi, in quanto: i) fermo l’onere in capo al concorrente di motivare l’istanza di oscuramento, la stazione appaltante, non di rado, si imbatte nella difficoltà di cogliere l’effettiva “caratura” degli elementi che il candidato segnala come non ostensibili; ii) il diritto alla riservatezza si colloca in continua tensione con il principio di trasparenza che innerva l’azione amministrativa, sebbene esso dovrebbe ritenersi ampiamente recessivo rispetto a detto principio⁸.

La prassi, per il vero, pone in evidenza come gli operatori economici tendano a richiedere, con motivazioni talora incongrue, l’oscuramento di parti consistenti della documentazione ad essi afferente e come, per altro verso, la pubblica amministrazione tenda ad “assecondare” siffatte istanze, attraverso motivazioni, non di rado, alquanto apodittiche. Il che – come si preciserà da qui a breve – solleva questioni che, non di rado, sfociano nella promozione di ricorsi *ex art.* 116 c.p.a.

offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l’accesso all’elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all’aggiudicazione; d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all’aggiudicazione; e) in relazione alla verifica della anomalia dell’offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all’aggiudicazione. 3. Fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei termini di cui al comma 2 gli atti, i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili. Per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblico servizio la violazione della presente disposizione rileva ai fini dell’articolo 326 del codice penale. 4. Fatta salva la disciplina prevista per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, e salvo quanto disposto dal comma 5, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione: a) possono essere esclusi in relazione alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali, anche risultanti da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico; b) sono esclusi in relazione: 1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all’applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; 2) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell’esecuzione e dell’organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto; 3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale. 5. In relazione all’ipotesi di cui al comma 4, lettere a) e 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. 5-bis. In sede di presentazione delle offerte, gli operatori economici trasmettono alla stazione appaltante e agli enti concedenti il consenso al trattamento dei dati tramite il fascicolo virtuale dell’articolo 24, nel rispetto di quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante e dell’ente concedente del possesso dei requisiti di cui all’articolo 99, nonché per le altre finalità previste dal presente codice».

⁸ In dottrina, per approfondimenti, vd., nelle riviste di settore, V. VARANO, *La tutela delle informazioni tecnico-commerciali contenute nei documenti di gara*, in *Riv. Trim. App.*, 2002, 2, 591 ss; P. COSMAI, *Il diritto di accesso agli atti di gara senza limiti*, in *Corr. Mer.*, 2010, 10, 990 ss; V. GASTALDO, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urb. App.*, 2014, 10, 1005 ss; M. FRAGOLINO, *Il diritto di accesso alle offerte tecniche: alcune considerazioni*, in *App. Contr.*, 2017, 10, 53 ss; A. RIZZATO, *Ancora sul diritto di accesso alle offerte tecniche*, in *Contr. St. Ent. Pub.*, 2019, 2, 123 ss; G. SERRA, *Il bilanciamento tra il diritto d’accesso ai documenti nelle procedure di gara e i segreti tecnici e commerciali: natura dell’attività amministrativa e tecniche di tutela*, in *P.A. Pers. Amm.*, 2022, 1, 558 ss; A. IANNOTTA, *La “stretta indispensabilità” conoscitiva quale criterio regolatore del rapporto tra riservatezza dei segreti tecnici e commerciali contenuti nell’offerta tecnica ed accesso difensivo*, in *Contr. St. Ent. Pub.*, 2023, 1, 101 ss; L. DROGHINI, *Riservatezza, trasparenza e tutela giurisdizionale effettiva nel settore degli appalti pubblici: nuove indicazioni da parte della giurisprudenza europea. Nota a CGUE, Quarta sezione, 17 novembre 2022 (Causa C-54/21)*, in *Federalismi.it*, 2023, 5, 216 ss; E. RIZZI, *L’accesso agli atti contenenti potenziali segreti tecnici e commerciali disciplinato dalla normativa sugli appalti pubblici*, in *Contr. St. Ent. Pub.*, 2024, 1, 175 ss; ID., *L’accesso difensivo e l’oscuramento dell’offerta a tutela dei segreti tecnici e commerciali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Contr. St. Ent. Pub.*, 2024, 2, 110 ss; A. LODOLO, *Considerazioni sul rapporto tra il diritto di accesso agli atti e quello di riservatezza posto a tutela dei segreti tecnici e commerciali*, in *Riv. Trim. App.*, 2025, 1, 61 ss.

Si è al cospetto, allora, di uno degli *step* della procedura che presentano criticità che, verosimilmente, in prospettiva *de futuro*, potrebbero meglio essere affrontate con il ricorso a applicativi informatici e l'intelligenza artificiale, che potrebbero essere impiegati a servizio delle piattaforme, in modo tale da “guidare” i concorrenti, ai fini di una corretta predisposizione delle istanze di segretazione, nonché le valutazioni da parte della stazione appaltante sulle richieste in tal senso formulate dai partecipanti alle gare.

Volendo, allora, ripercorrere brevemente i tracciati più recenti della giurisprudenza, si può sottolineare che le corti hanno sottolineato, con riguardo ai segreti tecnici e commerciali, che:

- «segreto tecnico o commerciale è quella parte dell’offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell’impresa in gara (il *know how*), vale a dire l’insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell’esercizio professionale dell’attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell’impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l’ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, c.d. “Codice della proprietà industriale”... Costituiscono oggetto di tutela i “*segreti commerciali*” vale a dire le “*informazioni aziendali*” e le “*esperienze tecnico-industriali*” e commerciali, che sono “*soggette al legittimo controllo del detentore*”. Per essere segreto, inoltre, il dato deve essere suscettibile di sfruttamento economico e deve presentare un effettivo carattere di segretezza, non deve essere noto ad altri operatori del mercato e deve essere protetto» (TAR Lazio – Roma, Sez. III-*quater*, 7 marzo 2025, n. 4947. In argomento, vd. anche CdS, Sez. V, 15 ottobre 2024, n. 8257);
- a seguito dell’istanza presentata dal concorrente, ai fini dell’oscuramento, la stazione appaltante deve condurre adeguata istruttoria circa la reale sussistenza di elementi tali da giustificare la segretazione (TAR Lazio – Roma, Sez. V-*ter*, 27 giugno 2025, n. 12329);
- la possibilità di escludere l’accesso all’offerta, condizionata all’istanza motivata dell’interessato (sul punto, vd. CGUE, 17 novembre 2022, causa C-54/21), è cedevole rispetto al diritto degli altri concorrenti di disporre degli elementi necessari a tutelare i propri interessi in giudizio (TAR Lazio – Roma, Sez. IV-*bis*, 11 marzo 2025, n. 5063; TAR Lazio – Roma, Sez. IV-*bis*, 14 maggio 2025, n. 9198; TAR Lazio – Roma, Sez. I-*bis*, 27 giugno 2025, n. 12787);
- «l’accesso alle informazioni contenute nelle offerte può essere conseguito dai partecipanti alla gara o contestando la natura di informazioni riservate dei dati cui vorrebbero accedere o anche dimostrando che l’accesso all’informazione è, comunque, indispensabile ai fini della difesa in giudizio» (TAR Campania – Napoli, Sez. II, 6 giugno 2025, n. 4313);
- nel caso in cui la stazione appaltante decida di segretare mediante oscuramento la documentazione di gara per tutelare i diritti di privativa di un concorrente, il soggetto che intenda ottenere l’ostensione è onerato, trattandosi di c.d. “accesso difensivo”, di dimostrare il rapporto di strumentalità tra la documentazione per cui si chiede l’accesso e l’esercizio di un proprio diritto (TAR Lazio – Roma, Sez. III-*quater*, 7 marzo 2025, n. 4947);
- «la nozione di “indispensabilità” (*o strumentalità*), cui il codice appalti subordina l’accesso *nell’ipotesi sopra descritta*, deve essere declinata nel senso di insussistenza di altri mezzi di prova idonei a dimostrare i fatti oggetto di contesa tra le parti. La semplice volontà di verificare e sondare non legittima un accesso “meramente esplorativo” alle informazioni riservate, in quanto difetterebbe la comprova della specifica e concreta indispensabilità ai fini difensivi... è fondamentale dimostrare non semplicemente un generico interesse alla tutela dei propri

interessi giuridicamente rilevanti, quanto piuttosto la concreta necessità di utilizzare la documentazione in giudizio» (CdS, Sez. IV, 4 giugno 2025, n. 4857)⁹;

- la dimostrazione del rapporto di strumentalità, di cui sopra, tuttavia, non sarebbe necessaria, ad avviso della giurisprudenza, allorché l'istanza di oscuramento sia priva di adeguata motivazione (CdS, Sez. V, 14 settembre 2023, n. 8332);
- la documentazione amministrativa che deve essere posta a disposizione degli interessati, ad opera della stazione appaltante, è rappresentata dall'offerta (tecnica ed economica) ma anche da tutti i documenti e atti – al netto delle eccezioni previste dall'art. 35 del Codice dei contratti pubblici o da altre, particolari disposizioni di legge – che sono stati acquisiti nel corso della gara (cfr. TAR Lazio – Roma, Sez. II-bis, 23 giugno 2025, n. 12316);
- il rito “super-speciale” e “super-accelerato” di cui all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici trova applicazione solo con riguardo alle decisioni assunte dalla stazione appaltante in ordine alle istanze di oscuramento delle offerte (TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 30 settembre 2024, n. 2520; TAR Lazio – Roma, Sez. IV-bis, 19 maggio 2025, n. 9442). In particolare, la giurisprudenza ha chiarito come suddetto rito non si applichi «alla richiesta ostensione dei verbali di gara, in forma integrale e senza oscuramenti, nonché relativamente ai dati e alle informazioni presupposte all'aggiudicazione, documenti che in effetti esulano dalla sfera di applicazione del particolare rito *ex* art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, avente ad oggetto l'impugnazione, negli stringenti termini ivi stabiliti, in via esclusiva, delle “decisioni di cui al comma 3”, quelle assunte dalla S.A., cioè, “sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte” formulate dagli operatori economici ai sensi del precedente art. 35. Talché, rispetto a tali documenti (verbali di gara e atti presupposti all'aggiudicazione) trova applicazione, invero, l'ordinario procedimento di accesso agli atti, disciplinato dalla l. n. 241/1990, e la disciplina processuale ricavabile dall'art. 116 c.p.a.» (TAR Campania – Napoli, Sez. I, 27 maggio 2025, n. 4030);
- il rito “super-speciale” si applica, invece, con decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, anche nel caso in cui l'ostensione delle offerte sia assente o, comunque, parziale, pur laddove la pubblica amministrazione non abbia dato evidenza delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento, ravvisandosi, pur in mancanza di una espressa motivazione, una determinazione implicita (vd. TAR Campania – Napoli, VIII Sez., 23 maggio 2025, n. 3951; CdS, Sez. V, 24 marzo 2025, n. 2384, per la quale «non può radicalmente escludersi l'applicabilità del termine di impugnazione di dieci giorni nelle ipotesi in cui la stazione appaltante, in violazione dell'art. 36, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti

⁹ Si tratta, però, di un principio che deve essere impiegato *cum grano salis*. Difatti, potrebbe accadere, nella prassi, che la documentazione posta a disposizione del concorrente sia tale da non consentire a quest'ultimo il vaglio della legittimità dell'azione amministrativa, ancor prima di dimostrare concretamente la strumentalità della documentazione di cui si chiede l'accesso rispetto all'attivazione del gravame. In questi casi si tratterà, piuttosto, di un onere di allegazione, nel senso che l'interessato dovrà manifestare l'esigenza della *discovery* al fine di valutare la promozione dell'azione giudiziaria avverso l'aggiudicazione. In argomento, vd. TAR Campania – Napoli, III Sez., 11 febbraio 2025, n. 3037, per cui «con specifico riferimento all'accesso ai documenti relativi a gare ad evidenza pubblica cui l'istante abbia partecipato, il più grave onere di allegazione gravante sull'istante deve intendersi soddisfatto con il richiamo alla necessità di deliberare la corretta ammissione e la corretta valutazione delle offerte degli altri concorrenti (da intendersi quelli che precedono l'istante in graduatoria), non potendo esigersi una specificazione più puntuale in assenza dell'ostensione degli atti della procedura di gara». Pienamente condivisibile è, dunque, quanto statuito dal TAR Emilia-Romagna, Sez. II, 28 ottobre 2024, n. 758: «quanto all'onere di motivazione che incombe sull'istante in ordine al nesso di strumentalità tra il documento di cui si chiede l'esibizione e gli argomenti che si intenderebbe far valere in giudizio, occorre considerare che tanto più esteso (non solo ovviamente in termini quantitativi, ma anche in qualitativi) è il perimetro degli atti e dei documenti sottratti all'accesso, tanto minore è l'onere motivazionale a carico dell'istante, non potendosi di certo esigere che questi formuli congetture (visto che altro non potrebbe fare) sul contenuto dei documenti secretati e una prognosi di possibili vizi degli atti lesivi».

classificati le offerte degli altri, senza neppure dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento»);

Gli orientamenti dianzi esposti conducono alla conseguenza che l'accesso ai documenti di gara diversi dalle offerte dei concorrenti sono sottoposti alla disciplina di cui agli artt. 22 l. n. 241/1990, con l'effetto che l'interessato è onerato della presentazione di istanza di accesso motivata rispetto alla quale la stazione appaltante è tenuta ad attivare la procedura descritta dalle citate fonti e a provvedere entro il termine di trenta giorni dall'istanza, scaduto il quale si forma silenzio-rigetto impugnabile ai sensi dell'art. 116 c.p.a. Sicché, la promozione del ricorso per l'accesso alla suddetta documentazione di gara nelle modalità previste dal rito "super-speciale" disciplinato dalla disposizione da ultimo richiamata, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione e/o in difetto di apposita istanza di accesso, si rivelerebbe inammissibile¹⁰.

Non di rado nella prassi accade che i concorrenti formulino istanze di oscuramento di parti assai consistenti delle proprie offerte (o delle giustificazioni rese), invocando generiche esigenze di tutela della riservatezza di non meglio precisati diritti di privativa.

Sul punto, allora, occorre rimarcare, in primo luogo, che si è spesso a cospetto di condotte "scorrette", per le quali la stazione appaltante può reagire attraverso la segnalazione all'ANAC, ai sensi del comma 6 dell'art. 36, che può sfociare nell'irrogazione di sanzioni.

Per altro verso, si pone il problema della posizione del concorrente che, avendo presentato richiesta di oscuramento di parte della documentazione presentata, giustificata da proprie esigenze di segretezza, a seguito dell'aggiudicazione chieda l'accesso ai documenti attinenti ad altri concorrenti, oggetto di oscuramento sulla scorta di richiesta parimenti avanzata.

Sul punto, in giurisprudenza, si è affermato che «lo specifico assetto disegnato dal codice dei contratti è congegnato con riferimento ai più concorrenti di una medesima gara, la cui pretesa all'ostensione della documentazione altrui resta equilibrata dalla reciprocità; si intende dire che la legittima pretesa all'esatta conoscenza dell'altrui documentazione dei concorrenti di una medesima gara è fisiologicamente bilanciata dall'ovvio fatto che, chi aziona tale pretesa, a sua volta la subisce da parte degli altri concorrenti. Se tale è quindi l'assetto di interessi tra i partecipanti ad una medesima gara, è ovvio come siffatto equilibrio non possa essere invocato là dove il soggetto che intende accedere all'altrui documentazione non sia assoggettato all'altrui pretesa di accesso alla propria documentazione» (TAR Piemonte, Sez. I, 16 maggio 2025, n. 834).

Su questo argomento, allora, si è soffermata anche la sentenza TAR Marche, Sez. Sez. II, 5 aprile 2025, n. 255, che ha scrutinato il ricorso *ex art.* 116 c.p.a. di un'impresa che, insorgendo avverso il diniego implicito all'accesso rispetto ai documenti ostesi al momento dell'aggiudicazione, aveva a sua volta presentato, al momento della partecipazione alla gara, istanza di oscuramento della propria offerta, deducendo la sussistenza di motivi di segretezza.

In quella occasione, allora, innanzitutto si è rilevato come il comportamento tenuto dalla stazione appaltante dovesse ritenersi legittimo perché uniforme rispetto a tutte le istanze di oscuramento presentate dai concorrenti. «In secondo luogo, non può non evidenziarsi – *si è soggiunto in quella occasione* – che il comportamento della ricorrente è connotato da contraddittorietà, dal momento che essa da un lato rivendica l'oscuramento delle parti della propria documentazione a tutela del proprio *know-how* aziendale rispetto alle altrui richieste di accesso, dall'altro lato contesta, in questa sede, analoghi oscuramenti delle offerte degli altri pretendendone la visione integrale. Tale *modus operandi* concretizza un abuso del diritto e del processo – secondo i principi elaborati in materia dalla giurisprudenza – atteso che la ricorrente formula le proprie doglianze ponendosi in contraddizione con precedenti suoi comportamenti e contestando scelte amministrative che essa stessa aveva

¹⁰ Tale impostazione, che si fonda su un'interpretazione letterale della norma, fa emergere uno dei più rilevanti difetti della disciplina apprestata dal legislatore. Nell'ottica di garantire la trasparenza e gli altri valori fondamentali che sottendono alle procedure di gara, in prospettiva *de iure condendo*, sarebbe opportuno, allora, che il Parlamento intervenisse estendendo la portata del rito "super-speciale" all'accesso a tutta la documentazione di gara.

avvalorato a tutela dei propri interessi. La giurisprudenza da tempo riconosce la vigenza, nel sistema giuridico, di un principio generale di divieto di abuso del diritto, inteso come categoria diffusa nella quale rientra ogni ipotesi in cui un diritto cessa di ricevere tutela, poiché esercitato al di fuori dei limiti stabiliti dalla legge. Il dovere di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 Cost., si pone non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale. Espressione dell'abusivo esercizio di un potere, anche processuale, quale è quello di dedurre motivi di gravame ovvero di formulare deduzioni ed eccezioni, è proprio la sua contraddittorietà con precedenti comportamenti tenuti dal medesimo soggetto, in violazione del divieto generale di *venire contra factum proprium*».

Si tratterebbe, ad avviso del TAR, di un comportamento tale da elidere il diritto di accesso da parte del ricorrente rispetto a documenti che, in ogni caso, la stessa parte avrebbe, *per facta concludentia*, ritenuto involgenti segreti industriali/commerciali, tanto da imporre l'onere, inevaso nel caso di specie, di dimostrare la strumentalità di siffatta documentazione rispetto alle esigenze di tutela di un diritto spettante al ricorrente medesimo.

Tali orientamenti, dunque, dovrebbero indurre gli operatori economici a vagliare con particolare attenzione l'opportunità di spiegare istanze di oscuramento poiché, evidentemente, tale scelta potrebbe importare un *collateral effect*, paralizzando l'accesso alla documentazione amministrativa nel caso di mancata aggiudicazione dell'appalto.

3. Segue. La tutela della *privacy*.

Altra questione ricorrente nelle procedura di gara è rappresentata dal rapporto tra accesso alla documentazione amministrativa e tutela della *privacy*, correlativamente ai dati c.d. "sensibili" esposti nella documentazione presentata dai concorrenti e in quella eventualmente acquista d'ufficio dalla stazione appaltante¹¹.

Al riguardo, si rammenta che il comma 5-*bis* all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici prevede che i concorrenti forniscano alla P.A. il consenso al trattamento dei dati personali e che, nel parere del 30 gennaio 2025 (n. 165), l'ANAC, in proposito, ha rilevato «si ritiene che la pubblicazione degli atti sulla piattaforma digitale da parte della stazione appaltante, in adempimento delle prescrizioni di cui agli artt. 35 e 36, non debba avvenire in modo indiscriminato, bensì avendo cura di omettere dati personali e/o sensibili eventualmente contenuti in modo da non rendere identificabili le persone fisiche coinvolte. Tale ricostruzione, a ben vedere, non frustra le esigenze di speditezza della procedura in quanto la tutela della riservatezza costituisce un limite normativamente previsto sia per l'accesso documentale (art. 24, l. n. 241/1990) che per l'accesso civico generalizzato (art. 5-*bis*, d.lgs. n. 33/2013). Preme, tuttavia, evidenziare che l'oscuramento dei dati personali e sensibili viene effettuato "d'ufficio" dalla stazione appaltante, non richiedendo una specifica richiesta da parte dell'offerente ai sensi dell'art. 36, comma 3».

Si tratta di una posizione che è stata censurata (forse non a torto) da una parte della dottrina che ha rivelato come dati sensibili, quali ad esempio quelli contenuti nei *curricula* della forza lavoro che l'offerente intenderebbe impiegare per l'esecuzione dell'appalto, oppure quelli acquisiti dalla pubblica amministrazione nel corso delle verifiche antimafia, potrebbero rivelarsi indispensabili per

¹¹ In dottrina, sul tema, vd. F. PETULLÀ, *La legge sulla privacy e gli appalti pubblici*, in *CdS*, 1999, 3, 2, 465 ss; M.L. MARTIRE, *Diritto di accesso e tutela della privacy: orientamenti giurisprudenziali in materia di appalti pubblici*, in *Amm. It.*, 2004, 2, 204 ss; S. TOSCHEI, *Note minime sulla tutela della c.d. privacy da parte dei soggetti pubblici e prospettive della nuova figura di "amministrazione aperta"*, in *App. Contr.*, 2012, 11, 13 ss; A. MAGLIARI, *Diritto di accesso agli atti di gara e tutela della riservatezza*, in *Giorn. Amm.*, 2022, 1, 79 ss.

i partecipanti alla gara al fine di scrutinare la legittimità delle valutazioni condotte dalla stazione appaltante e, quindi, dell'aggiudicazione¹².

Quel che, in definitiva, le stazioni appaltanti e i giudici amministrativi sono chiamati a valutare è se la documentazione *de qua* sia strumentale o meno all'esame della correttezza della procedura di gara e all'eventuale promozione di gravame; si tratta di una valutazione che deve essere condotta caso per caso, nel prisma, però, del rapporto di leale cooperazione tra la sfera pubblica e privati.

4. «Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione e dell'ammissione e valutazione delle offerte diverse da quella aggiudicataria decorre comunque dalla comunicazione di cui all'articolo 90».

L'ultimo comma dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici stabilisce, per l'appunto, che il termine per i gravami decorra dalla comunicazione di cui all'art. 90 dello stesso Codice¹³. Talchè, in linea di massima, l'onere di proporre gravame avverso il provvedimento di aggiudicazione (nonché di quelli di esclusione), pari (a mente dell'art. 120 c.p.a.) a trenta giorni, decorre dalla comunicazione del provvedimento adottato, lesivo degli interessi del ricorrente.

Sul punto si rammenta che, sulla base dell'art. 120 c.p.a., nella formulazione antecedente alla riforma operata attraverso l'art. 209 del Codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza aveva stabilito che il *dies a quo* per la proposizione del gravame decorresse:

i) dalla pubblicazione dell'aggiudicazione e dai documenti di gara, laddove da essi fossero comunque desumibili elementi lesivi dell'interesse del ricorrente e profili di illegittimità dell'azione amministrativa, ferma la possibilità di spiegare motivi aggiunti nel caso di ulteriori vizi emergenti dal successivo accesso alla documentazione amministrativa (CdS, Sez. V, 2 aprile 2024, n. 3008);

ii) in difetto di ostensione della documentazione idonea ad evidenziare profili di illegittimità, dal momento in cui l'interessato fosse stato posto in condizione di conoscere i documenti, non essendo ammissibili ricorsi "al buio" (cfr. CdS, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12; TAR Lazio – Latina, Sez. I, 5 luglio 2022, n. 645; TAR Puglia – Lecce, Sez. II, 5 gennaio 2024, n. 21);

Come risaputo, la giurisprudenza, inoltre, aveva stabilito che il termine di trenta giorni per la promozione del gravame dovesse essere comunque "prorogato" di quindici giorni (di cui all'art. 76, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) nel caso in cui il concorrente avesse presentato istanza di accesso alla documentazione amministrativa e tale istanza fosse giustificata dalla effettiva strumentalità della documentazione medesima alla tutela del diritto del concorrente.

Sicché, in un contesto per il vero alquanto "cervellotico", a seguito della *tempestiva* istanza di accesso (promossa entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione) *nonché* del *tempestivo* riscontro ostensivo (intervenuto entro quindici giorni dall'istanza), l'ordinario termine per

¹² A. VALLETTI, *Il diritto di accesso nel nuovo Codice e nel correttivo*, in *Urb. App.*, 2025, 3, 284 ss.

¹³ Qui di seguito il testo della disposizione: «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, e 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 dall'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».

impugnare subiva una dilazione temporale di quindici giorni (sebbene fosse controversa la decorrenza di tale dilazione¹⁴, nonché al netto delle criticità di siffatta impostazione nella prospettiva dello *spatium deliberandi* concretamente posto a disposizione dell'interessato ai fini della proposizione del ricorso). Qualora, di contro, la stazione appaltante avesse evaso la richiesta di accesso scaduto il termine di quindici giorni dal ricevimento dell'istanza, il termine di trenta giorni per la proposizione del gravame avrebbe cominciato a decorrere dall'ostensione, non applicandosi il suddetto termine dilatorio di quindici giorni (CdS, Cons. Stato, V, 15 marzo 2023, n. 2736).

È stato sostenuto, in proposito, come «la conoscenza, acquisita dall'operatore privato con le modalità comunicative previste dal combinato disposto degli artt. 120, comma 5, c.p.a. e 76, comma 1, del provvedimento di aggiudicazione conserva rilievo centrale ai fini della verifica della tempestività dell'esercizio del potere di impugnazione da parte del medesimo, sia nei casi in cui da esso siano immediatamente desumibili i vizi da porre a fondamento del ricorso, sia laddove esso consenta la sola percezione della lesività del provvedimento, senza mettere in grado l'interessato di percepire gli eventuali profili di illegittimità dello stesso, atti ad integrare la *causa petendi* della domanda di giustizia da rivolgere al giudice amministrativo: nel primo caso, infatti, nessuna ulteriore esigenza conoscitiva potrebbe essere addotta dall'interessato al fine di giustificare il differimento del termine di impugnazione decorrente dalla comunicazione, ove ritualmente avvenuta, del provvedimento di aggiudicazione, nel secondo, invece, l'adempimento da parte dell'Amministrazione del suo onere comunicativo, individualmente indirizzato, assume rilievo — se non al fine di sancire la decorrenza del termine di impugnazione, quantomeno — nell'ambito della valutazione di tempestività dell'iniziativa ostensiva dell'impresa non aggiudicataria, che deve essere esperita entro il termine di quindici giorni dalla suddetta comunicazione» (CdS, Sez. III, 5 maggio 2025, n. 4827; sul termine decadenziale di quindici giorni per la presentazione dell'istanza, vd. anche TAR Lazio – Roma, Sez. I, 11 aprile 2024, n. 7013)¹⁵.

La nuova disciplina, introdotta dal Codice dei contratti pubblici, applicabile alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dal 1 aprile 2023 (vd. CdS, Sez. IV, 20 gennaio 2025, n. 391), incidendo sul testo del citato art. 120 c.p.a., ha previsto, invece, che il termine per la proposizione del gravame decorre dalla comunicazione di cui al citato art. 90, «oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo Codice dei contratti pubblici».

¹⁴ Sulle varie tesi avanzate dalla giurisprudenza, nonché sulle relative criticità, vd. R. MUSONE, *Il termine di impugnazione dell'aggiudicazione in presenza di condotte ostruzionistiche della stazione appaltante nell'evasione dell'istanza di accesso agli atti di gara*, in *Urb. App.*, 2024, 4, 483 ss.

¹⁵ Sulla disciplina previgente, in dottrina, per la letteratura edita in riviste, vd. A. PONTI, *L'impugnazione dell'aggiudicazione della gara d'appalto*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. Giur.*, 2002, 12, 1294 ss; K. MARETTO, *Note in tema di decorrenza del dies a quo per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di un contratto della pubblica amministrazione*, in *Contr. St. Ent. Pub.*, 2003, 3, 498 ss; M. BUQUICCHIO, *La comunicazione dell'aggiudicazione: quando è idonea a far decorrere i termini per l'impugnazione*, in *Riv. Amm. App.*, 2012, 1, 47 ss; C. MUCIO, *Aggiudicazione e decorrenza del termine di impugnazione*, in *Urb. App.*, 2013, 10, 1079 ss; F. LACAVA, *In tema di termine di impugnazione dell'aggiudicazione di un appalto pubblico*, in *Amministrativ@mente*, 2014, 9-10, 9, 1 ss; R. DE NICTOLIS, *La Corte UE sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione*, in *Urb. App.*, 2014, 10, 1025 ss; C. VIVANI, *Termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione e diritto comunitario*, in *Urb. App.*, 2015, 8-9, 898 ss; E.M. BARBIERI, *Sull'impugnazione immediata dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Nuovo Not. Giur.*, 2017, 1, 263 ss; A. COSCIA, *L'alternativa tra la conoscenza dell'esistenza del provvedimento e la conoscenza della sua illegittimità quali criteri di individuazione del dies a quo del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione*, in *Contr. St. Ent. Pub.*, 2017, 1, 53 ss; G. LA ROSA, *L'incerta decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione*, in *Urb. App.*, 2020, 1, 66 ss; L. GIAGNONI, *Conoscenza del vizio e decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione*, in *Urb. App.*, 2020, 2, 219 ss; A. CRIVELLI, *L'impugnazione dell'aggiudicazione per omissioni o difformità pubblicitarie*, in *Fall. Proc. Conc.*, 2020, 3, 345 ss; E. GIARDINO, *Istanza di accesso agli atti di gara e decorrenza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione*, in *Riv. Trim. App.*, 2021, 3, 1149 ss; B. GILIBERTI – F. GASPARI, *Sul termine di impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2022, 2, 267 ss; A. CAVINA, *Termine di impugnazione dell'aggiudicazione per vizi conoscibili in esito all'accesso: il principio della "dilazione temporale" alla prova dei fatti*, in *Urb. App.*, 2022, 5, 685 ss.

Nel sistema rimodellato, dunque, il termine per la proposizione del gravame non subisce più proroghe come quella riferita al citato art. 76, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, poiché è venuto meno il meccanismo per cui l'accesso alla documentazione amministrativa era condizionato all'istanza dell'interessato (cfr. TAR Lazio – Roma, 1 luglio 2024, n. 13225).

Rimane fermo, per altro verso, l'onere di impugnazione dell'aggiudicazione con termine a decorrere dalla comunicazione di cui all'art. 90 del Codice dei contratti pubblici nel caso in cui dagli elementi a disposizione dell'interessato, in quel frangente, emergano vizi della procedura (ferma l'esperibilità di motivi aggiunti all'esito della piena *discovery*); in difetto di ostensione *tout court* di documenti di gara idonei ad evidenziare l'illegittimità dell'azione amministrativa, il termine per proporre il gravame avverso l'aggiudicazione definitiva decorre, invece, dal momento in cui – se del caso a seguito dell'espletamento del ricorso di cui all'art. 116 c.p.a. – la documentazione amministrativa stessa venga posta a disposizione del concorrente (cfr. CdS, Sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1631 e, in precedenza, CdS, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352).

5. Conclusioni.

In sintesi, il diritto di accesso alla documentazione amministrativa, nel contesto delle gare d'appalto, è stato oggetto di un'evoluzione normativa significativa. Il Codice dei contratti pubblici ha cercato di bilanciare la trasparenza dell'azione amministrativa con altri valori in gioco. Tuttavia, permangono alcune criticità, soprattutto in relazione alla gestione delle richieste di oscuramento e alla tutela della *privacy*.

È auspicabile che, in futuro, vengano adottate ulteriori misure per migliorare l'efficienza e la trasparenza delle procedure, magari attraverso l'uso di strumenti informatici avanzati e l'intelligenza artificiale. Così come si deve confidare nella circostanza che la giurisprudenza possa a breve meglio delineare i principi e i criteri cui si debba informare l'azione amministrativa in ordine alle questioni oggetto del presente contributo che, innestandosi costantemente su un delicato bilanciamento tra opposti interessi, sembrano, comunque, doversi risolvere – salvo particolari eccezioni – nel senso di favorire nettamente la trasparenza e, conseguentemente, la piena *discovery* della documentazione di gara.

Bisogna anche aggiungere che il sistema è sostanzialmente privo di copertura penalistica. È ben noto, infatti, che il legislatore sia recentemente intervenuto attraverso l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio, di cui all'art. 323 c.p. che, verosimilmente, avrebbe potuto essere applicato in ordine a comportamenti *contra ius* da parte del pubblico ufficiale (in particolare del RUP), in termini di violazione degli adempimenti imposti dalla normativa di settore, con particolare riferimento alle disposizioni che disciplinano l'ostensione della documentazione amministrativa all'atto della pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva.

Per quanto concerne, invece, l'inadempimento rispetto alla legittima istanza di accesso alla documentazione amministrativa, la giurisprudenza, in talune, sporadiche occasioni, ha riconosciuto come tale condotta possa astrattamente integrare il reato di omissione di atto di ufficio *ex* art. 328, comma 2, c.p. (vd. Cass., Sez. VI Pen., 17 ottobre 2013, n. 45629).

Tuttavia, la scarsa casistica rivela come si tratti di una strada assai poco battuta dagli organi d'accusa e, per altro verso, la particolare mitezza della sanzione prevista rende la figura incriminatrice un avamposto alquanto sguarnito (al netto del fatto che, si deve aggiungere, lo *ius criminale* non sembra poter affatto rappresentare il principale strumento per promuovere la c.d. "etica pubblica").

Tutto ciò contribuisce ulteriormente ad evidenziare l'esigenza che il legislatore predisponga un *parterre* regolatorio particolarmente chiaro e razionale e che la giurisprudenza amministrativa orienti le proprie decisioni sulla scorta della già richiamata idea della "casa di vetro", assumendo un ruolo effettivo ed energico di "custode" dei principi che sottendono all'azione della P.A.