



TRASPARENZA DELLA P.A.

Il D.lgs. n. 50/2016 e gli obblighi di trasparenza alla luce delle recenti innovazioni normative¹⁵⁹

di Alessandro Botto

Avvocato Amministrativista

Da alcuni anni si registra in Italia una netta tendenza ad affermare il principio di trasparenza nei rapporti con le pubbliche amministrazioni. Il concetto di casa di vetro dei luoghi di amministrazione della “cosa pubblica” si è ormai fatto strada ed è penetrato all’interno della cultura collettiva ed è diventato *idem sentire*. Nel giro di una ventina d’anni siamo passati da una concezione basata sul segreto d’ufficio, la cui violazione era addirittura sanzionata penalmente, all’opposto concetto della totale *disclosure* di quanto avviene all’interno degli uffici pubblici.

Nel 1990 è stato introdotto il diritto all’accesso dei titolari di situazioni giuridiche soggettive qualificate e differenziate, ora siamo al (cosiddetto) accesso civico, ossia al diritto di conoscenza da parte del *quisque de populo*. Ciò in ossequio all’idea condivisa che la conoscenza di tali informazioni sia presupposto indispensabile per l’esercizio dei diritti di partecipazione democratica.

Tale convincimento, sicuramente condivisibile in punto di principio, deve peraltro essere calato nella complessa articolazione dei rapporti ordinamentali ed essere posto a raffronto con altri e rilevanti principi, pure di rango primario o ultraprimario.

A ciò si aggiunga, poi, che non sempre l’eccesso di informazioni consente di rendere trasparente l’esercizio della cosa pubblica, poiché occorre ordinare le informazioni ed avere un criterio di lettura delle stesse: avere a disposizione una massa di dati (sul modello dei vecchi elenchi telefonici con tanti nomi e indirizzi) non significa necessariamente capire il reale svolgimento dell’azione amministrativa.

* * *

¹⁵⁹ sintesi della relazione tenuta alla “Giornata della Trasparenza” del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali” del 12 dicembre 2017



In materia di contratti pubblici il principio di trasparenza deve poi fare i conti con importanti ed equivalenti interessi che l'ordinamento tutela in maniera forte e che non possono essere pretermessi in ossequio al nuovo e travolgente diritto alla conoscenza.

Da sempre, infatti, nell'ambito del *public procurement* l'interesse a conoscere gli atti di gara deve confrontarsi con l'esigenza di salvaguardare la riservatezza di dati sensibili (quali segreti industriali o informazioni soggette a privative o brevetti). Ma non solo: è, ad esempio, vietato comunicare i nomi dei concorrenti fino alla scadenza del termine per la partecipazione alla gara (la cui violazione è sanzionata penalmente) e non è consentita la conoscenza dei contenuti dell'offerta fino all'aggiudicazione (in entrambi i casi al fine di tutelare la *par condicio* tra concorrenti in gara).

Sicuramente il legislatore, con l'approvazione della legge delega n. 11/2016 (in particolare modo all'art. 1, lett. ppp) e qqj), ha voluto rafforzare anche in questo campo il principio di trasparenza, ma la domanda che ci si deve porre è se anche la materia del *public procurement* possa ritenersi ormai "conquistata" dall'accesso civico o se ancora valga l'assetto precedente.

Ebbene, la risposta non può che essere trovata nell'ambito delle norme del decreto delegato n. 50/2016 (e successive modifiche), ossia nel Codice dei contratti pubblici.

Innanzitutto occorre partire da due norme cardine: l'art. 4, che detta i principi che devono essere applicati anche ai contratti esclusi (che, quindi, non sono poi così esclusi dall'applicazione del codice: in pratica rientra dalla finestra ciò che esce dalla porta) e l'art. 30, che invece individua i principi che devono essere rispettati nell'aggiudicazione e nella esecuzione degli appalti e delle concessioni: in entrambi i casi vengono richiamati, in ossequio ai criteri guida contenuti nella legge delega, i principi di trasparenza e pubblicità tra quelli più importanti cui devono orientare la propria azione le stazioni appaltanti. Ciò comporta che il criterio guida cui deve conformarsi l'interprete è quello della trasparenza, nel senso che le situazioni dubbie devono essere sempre risolte, per quanto possibile, a favore della conoscenza.

Sul piano più specifico, la prima norma meritevole di citazione è sicuramente l'art. 21, che disciplina la programmazione degli acquisti e dei lavori e che, al comma 7, obbliga alla pubblicazione sia del piano biennale degli acquisiti di beni e servizi che del piano triennale dei lavori sul profilo del committente, sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e su quello dell'Osservatorio presso l'ANAC.



Già ad una prima lettura si comprende come questa disposizione renda evidente l'ansia da prestazione del legislatore, che non pago della pubblicazione sul profilo del committente, obbliga alla pubblicazione anche presso il MIT e l'ANAC. Evidente in questo caso l'eccesso di informazione, che, come sopra evidenziato, non sempre consente di aumentare il livello di trasparenza dell'azione amministrativa.

Nel prosieguo dell'analisi delle norme che obbligano alla pubblicità occorre poi richiamare il successivo art. 22, che dispone la pubblicazione sul profilo del committente dei progetti di fattibilità e gli esiti della consultazione pubblica (cosiddetto *debat public*). Chiaro anche in questo caso l'intento, consistente nella garanzia della massima ostensibilità dei progetti di grandi opere, al fine di stimolare il dibattito nelle popolazioni interessate ed evitare che le varie tensioni vengano a scaricarsi solo sul piano contenzioso amministrativo (*ex post*).

Peraltro, norme chiave per comprendere l'assetto tra le esigenze di ostensione e quelle di riservatezza nella materia della contrattualistica pubblica sono l'art. 29 e l'art. 53 del Codice. Iniziamo dal primo.

L'incipit è perentorio e, da solo, renderebbe superflue tutte le altre disposizioni in materia (anche qui si sente l'ansia da prestazione del legislatore): *tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi, forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, ... alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti...devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33.*

Il richiamo al d.lgs. n. 33/2013 (ancorché formalmente operato prima che intervenisse la novella che ha introdotto l'accesso civico) potrebbe far pensare alla introduzione dell'accesso civico anche in questa materia, ma vedremo subito appresso che così non è (anche sul piano normativo non sempre quello che appare ad un primo esame corrisponde alla effettiva sostanza).

L'art. 29, inoltre, introduce un obbligo di immediata pubblicazione (entro due giorni dalla data di adozione) degli atti di ammissione/esclusione dalla procedura di gara e ciò al fine di consentire all'interessato di proporre ricorso davanti al Tar.



Anche in questi casi la norma obbliga a pubblicazioni multiple: oltre che sul profilo del committente, anche sul sito del MIT e sulla piattaforma digitale dell'ANAC (evidente anche qui l'eccesso di pubblicazione: perché ripetere tante volte una stessa pubblicazione?).

E veniamo all'art. 53, vera chiave di volta del sistema: tale norma, infatti, si pone in scia di continuità rispetto alla tradizione normativa precedente e dispone che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/1990. Viene, poi, ribadito che il diritto di accesso nei confronti dell'elenco dei concorrenti è posticipato a dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e che l'accesso al contenuto delle offerte e al procedimento di anomalia delle offerte può essere esercitato solo dopo l'aggiudicazione. Infine, viene confermata la sottrazione alla ostensibilità delle informazioni fornite nell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono segreti tecnici o commerciali.

Com'è evidente si tratta di un assetto ben diverso da quello delineato dagli obblighi di *total disclosure* evocati dall'art. 29, nell'ottica della ricerca di un idoneo punto di equilibrio tra opposte esigenze in una materia particolarmente sensibile.

La stessa ANAC, con la deliberazione n. 317 de 29 marzo 2017, ha preso atto che la *ratio* sottesa al diritto di accesso contemplato dalla legge n. 241/1990 è differente da quella di cui al d.lgs. n. 33/2013 (e non potrebbe essere altrimenti): ne consegue che, al contrario di quanto potrebbe ritenersi in base ad una prima lettura del primo comma dell'art. 29, nel *public procurement* non ha fatto totalmente breccia l'accesso civico, ma si continua a fare applicazione delle regole sul diritto di accesso (di cui alla legge n. 241/1990).

* * *

Alle norme citate in materia di pubblicità e trasparenza occorre poi aggiungere (come se non bastasse) anche qualche norma ulteriore: ad esempio, l'art. 1, comma 32, della legge n. 190/2012 (cosiddetta legge anticorruzione) prevede l'obbligo di pubblicazione di varie informazioni (peraltro già quasi interamente contemplate dalle norme sopra citate), quali il nome della struttura committente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori offerenti, i dati dell'aggiudicatario e l'importo di aggiudicazione ecc.

Inoltre, l'art. 38 del d.lgs. n. 33/2013 obbliga a rendere disponibili le informazioni relative a tempi, costi e indicatori di realizzazione delle opere in corso e di quelle completate.



Come si può vedere, un ricchissimo *corpus* di disposizioni “preme” per la realizzazione del concetto di casa di vetro nella materia dei contratti pubblici, ma in ultima analisi gli interpreti sono chiamati ad individuare un ragionevole punto di equilibrio tra le opposte esigenze di chi vuole avere conoscenza delle informazioni e di chi si oppone a tutela di altri e meritevoli interessi pure tutelati dall’ordinamento.

Ciò denota chiaramente che l’*open access* non può essere considerato il principale interesse tutelato dall’ordinamento, che deve sempre e comunque prevalere sui contrapposti interessi. L’ordinamento è un delicato sistema, fatto da pesi e contrappesi, che deve reggersi su di un equilibrio che va cercato volta per volta, prendendo in esame l’articolato reticolo di principi che devono guidare l’azione delle amministrazioni pubbliche.

Solo gli stolti possono immaginare che, una volta affermato il principio di trasparenza, questo possa travolgere tutto e tutti ed autoaffermarsi quale strumento di un nuovo modello di democrazia diretta e condivisa. Anche perché, se non altro, bisogna sapere fare buon uso dell’informazione e non tramutarla da strumento di difesa in mezzo d’offesa (ossia *contra ius*).

Un’ultima considerazione: senza una riacquistata fiducia nelle stazioni appaltanti (specialmente ora che si va verso la loro riduzione di numero e, quindi, verso una loro riqualificazione su scala medio-grande) non si può raggiungere alcuna meta, ancorché ricchi di informazioni. Occorre avere fiducia in chi opera, almeno fino a prova contraria, e non continuare a dettare norme pensate per reprimere e contenere situazioni illecite: se il patologico diventa oggetto di normazione fisiologica, allora il sistema va in tilt e si blocca definitivamente.

A meno di non ipotizzare che non esistano più persone per bene, ma solo colpevoli non ancora individuati. Ma non possiamo e non vogliamo arrenderci a questo pessimismo cosmico, nell’interesse dei nostri figli e delle generazioni che verranno.