

L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*

di Francesco Manganaro
Università *Mediterranea* Reggio Calabria

Sommario: 1. Il quadro normativo; 2. Trasparenza e pubblicità; 3. Trasparenza ed accesso; 4. Trasparenza ed affidamento; 5. Trasparenza come semplificazione del linguaggio amministrativo; 6. La trasparenza negli appalti pubblici; 7. La trasparenza nella recente riforma delle pubbliche amministrazioni; 8. Trasparenza e controllo diffuso sull'organizzazione e l'attività amministrativa

1. Il quadro normativo

Chiunque voglia approfondire il principio di trasparenza come regola del procedimento e dell'organizzazione amministrativa non può fare a meno di confrontarsi con un lavoro autorevolmente prodotto ancora prima dell'approvazione della legge sul procedimento amministrativo, con cui si metteva ben in evidenza, con una solida metodologia giuridica, una netta distinzione tra trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa¹.

* Il presente lavoro è destinato agli Studi in memoria di Roberto Marrama, in corso di pubblicazione.

¹ Ci si riferisce al lavoro del Maestro che intendiamo ricordare con questo scritto: R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss. Per un' essenziale letteratura sul tema, nell'ampio panorama dottrinale: R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986*, Milano, 1989, 15; G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *op. ult. cit.*, 29 ss. e in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528; R. Laschena - A. Pajno, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 5 ss.; S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 46 ss.; G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995; Id., *Trasparenza amministrativa*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5945 ss.; G. Abbamonte, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in Aa.Vv., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 1989*, Milano, 1991, 13 ss.; G. Virga, *Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, *ivi*, 353 ss.; F. M. Nicosia, *Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*, Napoli, 1992; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in *L'amministrazione pubblica italiana* (a cura di S. Cassese e C. Franchini), Bologna, 1994, 101 ss.;

Da quel tempo, la specifica disciplina giuridica si è rapidamente evoluta. Com'è noto, ad esempio, la legge 11 febbraio 2005, n. 15 introduce esplicitamente nella legge sul procedimento il principio di trasparenza; il Trattato di Lisbona individua la trasparenza come principio che regola l'azione della Commissione (art. 11, c. 3) e di ciascuna istituzione, organo od organismo europeo (art. 15 *ex* articolo 255 del TCE); l'art. 2 del Decreto del Ministro dell'Istruzione, Università e Ricerca scientifica 31 ottobre 2007, n. 544 prevede i requisiti di trasparenza che le Università devono rendere disponibili nella loro offerta formativa; l'art. 10 della legge 18 giugno 2009, n. 69 modifica l'art. 22 della legge sul procedimento stabilendo che l'accesso è principio generale dell'attività amministrativa "al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza"; l'art. 21 della stessa legge 18 giugno 2009, n. 69 obbliga a pubblicare sul sito internet delle singole pubbliche amministrazioni "le retribuzioni annuali, i *curricula vitae*, gli indirizzi di posta elettronica e i numeri telefonici ad uso professionale dei dirigenti e dei segretari comunali e provinciali nonché di rendere pubblici, con lo stesso mezzo, i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale distinti per uffici di livello dirigenziale", nonché a rendere pubblico "a) un indicatore dei propri tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture, denominato «indicatore di tempestività dei pagamenti»; b) i tempi medi di definizione dei procedimenti e di erogazione dei servizi con riferimento all'esercizio finanziario precedente" (art. 23, c. 5).

Questa sintetica enumerazione di norme attinenti la trasparenza pongono all'interprete la necessità di un approfondimento, al fine di valutare la portata di tale principio, poiché troppo spesso, come al tempo in cui Marrama scriveva, la trasparenza viene svuotata di contenuto o, al contrario, confusa con la pubblicità o il diritto di accesso.

Non sfuggirà al lettore esperto che il principio di trasparenza è un fine per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso, ma, a sua volta, costituisce uno strumento per evitare elusioni del principio di concorrenza e accordi illeciti o corruttivi.

L'intenzione del presente studio è perciò limitato ad accertare la persistente fondatezza della distinzione tra trasparenza e pubblicità/accesso, nonché a verificare se la normativa vigente attribuisca alla trasparenza un significato univoco.

R. Chieppa, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.; E. Cannada Bartoli, *A proposito di tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 725 ss; F. Trimarchi Banfi, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in *Aa.Vv.*, *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001, 343 ss.; M.P. Chiti - G. Palma (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, con scritti di M.R. Spasiano, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, D.U. Galetta, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, F. Pinto, *Trasparenza e responsabilità politica*, V. Veneziano, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*; F. Merloni - G. Arena - G. Corso - G. Gardini - C. Marzuoli (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

2. Trasparenza e pubblicità

Il principio di trasparenza, ancora più degli altri principi (che già per loro natura sono indeterminati), rischia di essere un principio *bon a tout faire*, senza una sua precisa caratterizzazione e “spesso fatalmente poco tecnico”². La conoscibilità degli atti e dei documenti amministrativi diviene il fondamento della democrazia amministrativa degli Stati moderni³, ma – ancora più in radice – la trasparenza si contrappone a tutto ciò che si occulta per favorire interessi personali e di gruppo, configurandosi come esigenza “di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità di una struttura (nel nostro caso della pubblica Amministrazione) e del suo agire, anche al fine di garantire l’affidamento dei cittadini”, nonché l’imparzialità, il buon andamento e la legalità dell’azione amministrativa⁴.

Secondo questa dottrina, la pubblicità non coincide con la trasparenza, anche se ne costituisce uno dei possibili elementi. La pubblicità è un mero stato di fatto dell’atto, dell’organizzazione o del procedimento, mentre la trasparenza è – come detto – chiarezza e comprensibilità dell’azione amministrativa. In questo senso sarebbe pubblico, ma non espressione di trasparenza l’atto regolarmente pubblicato all’albo o su un sito internet, ma in periodo festivo o abilmente occultato oppure atti accessibili, ma “equivoci, oscuri e pertanto non comprensibili all’accedente”⁵.

Insomma, la trasparenza è un *quid pluris* sia rispetto alla pubblicità che allo stesso diritto di accesso, imponendo all’amministrazione il dovere di agire correttamente, al di là delle mere prescrizioni formali della norma, nella consapevolezza che la democrazia ha bisogno di un’esplicitazione comprensibile del potere.

E’ questo, ovviamente, lo scopo a cui puntano tutte le disposizioni della legge sul procedimento che consentono la partecipazione dei privati o richiedono la motivazione del provvedimento, al fine di consentire a tutti la verifica del modo di esercizio del potere da parte dei detentori di esso. Ma, la trasparenza, esplicitamente inserita nell’art. 1 della legge sul procedimento dalla novella del 2005, va oltre gli obblighi procedurali, poiché richiede una comprensibilità dell’azione amministrativa che esorbita dal mero rispetto delle regole procedurali.

² R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, cit., 418.

³ M. A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, IV agg., Milano, 2000, secondo cui “nell’ambito delle misure finalizzate al miglior raggiungimento del suddetto obiettivo di trasparenza dell’azione dei pubblici poteri un ruolo di primo piano, ancorché sicuramente non esaustivo, spetta evidentemente, oltre che alla pubblicità degli atti amministrativi, alla possibilità di «accesso» ai medesimi presso gli uffici in cui sono conservati”.

⁴ R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, cit., 419.

⁵ R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, cit., 421.

3. Trasparenza ed accesso

La questione più ampiamente affrontata in dottrina attiene ai rapporti tra accesso e trasparenza, ai loro reciproci rapporti ed agli eventuali limiti all'accesso che non violino la trasparenza⁶.

Come per la pubblicità, anche l'accesso è stato ritenuto un sinonimo del principio di trasparenza⁷, ma, per i motivi già esposti, si ritiene più corretto distinguere le due fattispecie, attribuendo al principio di trasparenza una connotazione ben più ampia, che coincide con la visibilità, conoscibilità e comprensibilità dell'azione amministrativa, dei suoi atti e della sua organizzazione⁸.

La conseguenza di tale impostazione è che l'accesso costituisce uno degli elementi della trasparenza, che, tuttavia, rimane un concetto ben più ampio. La differenza tra le due situazioni comporta la possibilità di una loro valutazione differenziata, nel senso che l'accesso ad un atto incomprendibile potrebbe non garantire la trasparenza o, viceversa, la segretezza delle offerte o il differimento dell'accesso potrebbe non confliggere con la trasparenza⁹.

Tuttavia, spesso l'accesso viene considerato uno strumento della trasparenza ed anzi è sul parametro della trasparenza che si misura la legittimità o meno delle limitazioni all'accesso. Se la trasparenza è un principio dell'attività amministrativa, anche i soggetti privati che gestiscono servizi pubblici sono obbligati a consentire l'accesso ai propri atti, quando adottino mezzi di diritto privato¹⁰. Anche in ordine al problema della legittima-

⁶ F. Cuocolo, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi. presupposti costituzionali*, in *Quad. reg.*, 2004, 1041 ss.; M. Dugato, *L'accesso agli atti di gara tra trasparenza e privacy*, in *Riv. trim. app.*, 2005, 7 ss.; E. Carloni, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 573 ss.; M. Occhiena, *I diritti di accesso dopo la l. n. 241/1990*, in F. Manganaro - A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, Torino, 2005, 125 ss.; B. G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 1 ss.; S. Gambino, *Il diritto di accesso: profili costituzionali e amministrativi (alla luce del novellato Titolo V[^] Cost. e della legge n. 15 del 2005)*, in *Ist. fed. reg. gov. loc.*, 2006, 825 ss.; G. Tulumello, *Brevi note sulla attuale disciplina dell'accesso agli atti amministrativi*, in *Giur. mer.*, 2007, 6 ss.; A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 669 ss.; M. Antonioli, *Accesso ai documenti amministrativi, situazioni soggettive e azioni esperibili*, in *Dir. econ.*, 2007, 7 ss.; M. Ciammola, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi: prima e dopo la L. 11 febbraio 2005*, in *Il foro amm. TAR*, 2007, 1181 ss.

⁷ F.M. Nicosia, *Il procedimento amministrativo. Principi e materiali. Commento alla legge 241/1990 e alla sua attuazione con i D.P.R. 300 e 352/1992*, Napoli, 1992, 75

⁸ Oltre al citato lavoro di R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, si veda G. Abbamonte, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in *Aa.Vv., L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione 1989*, Milano, 1991, 13 ss.

⁹ A. Simonati, *Il differimento dell'accesso agli atti del procedimento di gara fra disciplina generale e disposizioni settoriali*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 2847 ss.

¹⁰ Secondo Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5625, l'accesso va consentito anche nei confronti di soggetti formalmente privati, quando detti soggetti svolgono un'attività di pubblico interesse,

zione all'accesso, prevale sempre l'esigenza di tutela delle posizioni giuridiche rispetto all'esigenza di riservatezza¹¹, indipendentemente dalla tutela di un posizione giuridica soggettiva¹², pur quando non sia più esperibile ricorso giurisdizionale¹³.

L'accesso, come strumento di garanzia della trasparenza è principio ampiamente ribadito anche in ambito comunitario, dove la Corte di Giustizia afferma la possibilità di accedere ai documenti delle istituzioni comunitarie, senza alcuna limitazione¹⁴.

4. Trasparenza ed affidamento

Un profilo peculiare della trasparenza, emergente nell'analisi della dottrina, attiene ai rapporti tra trasparenza ed affidamento¹⁵, soprattutto per quanto concerne i limiti all'autotutela¹⁶.

E' noto che il principio della trasparenza è stato evocato proprio in materia di affidamento, in quanto un'azione amministrativa comprensibile giustifica un comportamento conseguente da parte del cittadino, mentre invece un'amministrazione segreta o comun-

seppure con atti di diritto privato, come peraltro affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 5 settembre 2005, n. 5. In tal senso anche Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2009, n. 5987.

¹¹ Sebbene l'art. 13 del Codice dei contratti escluda dal diritto di accesso quegli elementi dell'offerta che il concorrente dichiara segreti tecnici o commerciali, tuttavia, ai sensi del comma 6, prevale il diritto di accesso, ove sia necessario per la tutela giurisdizionale, prevedendo anche l'estrazione di copie: Cons. St., sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393.

¹² La legittimazione all'accesso agli atti amministrativi va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti del procedimento oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto e separato rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto; tant'è che è possibile riconoscere il diritto di accesso anche in presenza di una situazione divenuta inoppugnabile: Tar Lazio, sez. III *quater*, 12 agosto 2009, n. 8176.

¹³ L'accesso ad atti da esibire in giudizio va ammesso anche quando sia scaduto il termine per l'impugnazione di un atto, quando si possano esperire altri mezzi di tutela: TRGA, sez. Bolzano, 6 ottobre 2009, n. 331; CGA, 15 ottobre 2009, n. 958.

¹⁴ Corte giust., 22 gennaio 2004 annulla una decisione del Tribunale di primo grado, che respingeva il ricorso proposto avverso il diniego all'accesso opposto dalla Commissione e dal Consiglio: sul punto, G. Pistorio, *Il diritto alla trasparenza comunitaria: problematiche e limiti*, in www.giustamm.it ricorda che l'Atto finale del Trattato sull'Unione europea ritiene la trasparenza del processo decisionale come rafforzamento del carattere democratico delle istituzioni, alimentando la fiducia dei cittadini nei confronti dell'amministrazione.

¹⁵ F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; A. Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; G. Avanzini, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

¹⁶ M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

que “equivoca” ingenera nel cittadino erronei convincimenti circa i comportamenti dovuti¹⁷.

La Corte costituzionale afferma, ad esempio, che, pur potendo il legislatore modificare rapporti di durata, si può valutare l'eventuale irrazionalità della nuova disciplina normativa che leda “l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, da intendersi come elemento fondamentale dello Stato di diritto”¹⁸. Alla stessa stregua, la Corte di giustizia, pur affermando che è possibile la modifica della disciplina regolativa di un settore economico, tutela l'affidamento suscitato dalla disciplina previgente per i rapporti in corso e stabilendo che per i rapporti di durata si stabiliscano almeno norme transitorie¹⁹. La tutela dell'affidamento si rinviene nella giurisprudenza della Corte di giustizia anche per i casi di autotutela amministrativa²⁰.

Un profilo ancora più peculiare dell'affidamento è stato oggetto di attenzione nei rapporti con l'amministrazione finanziaria. Se la legge sul procedimento poteva essere ritenuta, al momento della sua emanazione, regola generale per tutti i procedimenti amministrativi, ivi compresi quelli tributari, si mette in dubbio che le modifiche introdotte dalla legge 15 del 2005, nell'intento di dequotare i vizi formali e procedimentali, siano applicabili all'ambito tributario, poiché ciò comporterebbe una diminuita tutela in un settore particolarmente sensibile²¹. In questo ambito una legalità ancorata anche a profili formali garantisce una maggiore trasparenza, in un settore in cui la tutela appare assai necessaria.

5. Trasparenza come semplificazione del linguaggio amministrativo

La trasparenza non è solo rispetto delle regole procedimentali, ma anche comprensibilità dell'azione amministrativa da parte del cittadino comune.

Come è ovvio non tutti i soggetti coinvolti in un procedimento hanno lo stesso grado d'incidenza sull'esercizio del potere, poiché influisce il diverso livello di istruzione,

¹⁷ R. Lombardi, *Procedimento amministrativo e vizi degli atti dell'amministrazione finanziaria*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1290 ss.

¹⁸ Corte cost. 26 luglio 1995, n. 390, in *Giur. cost.* 1995, 385.

¹⁹ Topfer, 3 maggio 1978 in causa 112/77; Alpha Steel, 3 marzo 1982 in causa 14/81; Edeka, 15 luglio 1982 in causa 245/81; Sofrimport Sarl, 26 giugno 1990 in causa 152/88; Air France, 19 maggio 1994 in causa T-2/93; Repubblica francese e Irlanda, 29 febbraio 1996 in cause riunite C-296/93 e C-307/93. La dottrina considera l'affidamento un principio del diritto pubblico comunitario: E. Picozza, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 343; A. Massera, *Sviluppi del diritto amministrativo europeo*, in *Aa.Vv., Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1998.

²⁰ Consorzio cooperative d'Abruzzo, 26 febbraio 1987 in causa 15/85, ove si rinvia a sent. 27 novembre 1984 in causa 232/81; Efisol, 16 ottobre 1996 in causa T-336/94.

²¹ R. Lombardi, *op. ult. cit.*, afferma correttamente che “in questo senso sembra per lo meno dubbio che i risultati di una lunga e faticosa evoluzione normativa e giurisprudenziale verso maggiori garanzie di correttezza, trasparenza e tutela del contribuente possano essere rimessi in discussione senza specifici interventi normativi sulle disposizioni che espressamente sanciscono l'invalidità degli atti emanati per l'attuazione dei tributi se privi di determinate requisiti formali”.

la capacità economica, le specifiche conoscenze tecniche né tutti i destinatari dei provvedimenti hanno la stessa capacità di comprensione della motivazione di un provvedimento amministrativo.

Proprio per questo, in alcuni casi, il legislatore è intervenuto per garantire la trasparenza attraverso modalità solo apparentemente non giuridiche, quali la semplificazione del linguaggio amministrativo, emanando Codici di stile o Direttive sul linguaggio amministrativo²².

La trasparenza acquisisce così il significato di semplificazione linguistica, al fine di una maggiore comprensione del contenuto del provvedimento e, quindi, del potere esercitato.

Tuttavia, i progetti proposti dal Ministero della funzione pubblica, avendo solo una forza persuasiva, non hanno finora perseguito gli obiettivi previsti, cosicché la complessità del linguaggio burocratico rimane ancora un ostacolo alla trasparenza.

E' ovvio che tutti i processi di semplificazione linguistica non prescindono dalla necessaria complessità delle scelte compiute da un'amministrazione divenuta sempre più tecnicamente evoluta e complessa, cosicché la comprensione di un atto richiede sempre più competenze specialistiche. Tuttavia, gli studi più avveduti sul punto rivelano che, alla necessaria complessità si può accompagnare una più adeguata spiegazione dei termini tecnici o una forma che spieghi in termini comprensibili il contenuto dell'atto.

Un'ulteriore indicazione normativa in tal senso proviene dall'esperienza sviluppata nell'ambito del bilancio sociale. La direttiva del Ministero della funzione pubblica 17 febbraio 2006²³ sulla rendicontazione sociale delle amministrazioni pubbliche prevede che "il bilancio sociale serve a rendere conto ai cittadini in modo trasparente e chiaro di cosa fa l'amministrazione per loro. Rispetto al bilancio tradizionale, che riporta dati economico-finanziari difficilmente comprensibili dal cittadino, il bilancio sociale deve dunque rendere trasparenti e comprensibili le priorità e gli obiettivi dell'amministrazione, gli interventi realizzati e programmati, e i risultati raggiunti. Gli elementi che caratterizzano il bilancio sociale sono la volontarietà, la resa del conto degli impegni, dei risultati e degli effetti sociali prodotti, l'individuazione e la costruzione di un dialogo con i portatori d'interesse".

Le numerose iniziative assunte dagli enti locali e regionali in questo ultimo ambito appaiono notevolmente interessanti e giustificano un concetto di trasparenza amministrativa che si differenzia da quello della pubblicità degli atti o della loro accessibilità.

²² Come ad esempio il Codice di stile, realizzato dal Ministero della funzione pubblica nel 1993 e nel 1997. Si veda anche la Direttiva dello stesso Ministero sulla semplificazione del linguaggio dei testi amministrativi del maggio 2002. Sul punto, G. Arena (a cura di), *La comunicazione di interesse generale*, Bologna, 1995; A. Fioritto (a cura di), *Manuale di stile*, Il Mulino, Bologna 1997; G. Arena, *Comunicazione e amministrazione condivisa*, in S. Rolando (a cura di), *Teoria e tecniche della comunicazione pubblica. Dallo Stato sovraordinato alla sussidiarietà*, Milano 2002, 45 ss.; M. Viale, *Studi e ricerche sul linguaggio amministrativo*, Padova, 2008.

²³ In G.U. 16 marzo 2006.

6. La trasparenza negli appalti pubblici

Un ulteriore campo di elezione della trasparenza è quello relativo agli appalti pubblici.

Il principio viene inizialmente desunto dalla normativa comunitaria in tema di concorrenza, che intende garantire la *par condicio* tra i partecipanti alle gare ad evidenza pubblica, anche attraverso lo svolgimento “trasparente” di queste ultime²⁴: la trasparenza si conforma, in questo caso, come visibilità del procedimento, anche attraverso la pubblicità delle fasi procedurali.

La trasparenza viene indicata tra i (tanti) principi generali della disciplina dei contratti pubblici. L'art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE* stabilisce che le amministrazioni pubbliche si conformano ai principi di “economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”.

La dottrina segnala opportunamente una certa oscillazione giurisprudenziale²⁵. Alla sesta Sezione del Consiglio di Stato²⁶, che afferma l'inderogabilità delle norme che prevedono la seduta pubblica per tutti gli adempimenti della gara “a prescindere sia dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario sia da un'espressa previsione al riguardo da parte delle prescrizioni di gara”, si oppone l'interpretazione parzialmente difforme della quinta Sezione²⁷, secondo cui la fase di valutazione dell'offerta economica non è oggetto di una norma generale che preveda sempre ed in ogni caso un esame in seduta pubblica.

Nelle più recenti decisioni del Consiglio di Stato si precisa che la pubblicità delle sedute, pur non essendo un principio generale inderogabile, attiene alle fasi procedurali, salvo che la valutazione dell'offerta economica non comporti giudizi tecnici. Per il Consiglio di Stato²⁸, la mancata indicazione della data e dell'ora della seduta pubblica in cui si verificano i requisiti d'ammissione alla gara di appalto comporta l'illegittimità della procedura, poiché, così facendo, non è garantita la pubblicità e, quindi, la trasparenza. L'illegittimità si produce solo per la mancata pubblicità, indipendentemente dalla prova dell'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, poiché tale adempimento è posto a tutela

²⁴ E. Chiti, *Organizzazione europea ed organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2009, 359, secondo cui “le amministrazioni nazionali vengono assoggettate a vincoli globali, stabiliti dalla regolazione ultrastatale. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di consultazione e di trasparenza sviluppati nel campo del commercio dei servizi, che estendono oltre le norme nazionali il diritto cui le amministrazioni domestiche sono sottoposte”.

²⁵ A. Gandino, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1276.

²⁶ Cons. St., sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1212.

²⁷ Cons. St., sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520, in *www.lexitalia.it*

²⁸ Per tutte, di recente, Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3844.

non solo della parità di trattamento dei partecipanti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa. Si specifica che l'obbligo di pubblicità delle sedute attiene alla fase di apertura dei plichi che contengono la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti e non anche alla fase di apertura e valutazione dell'offerta tecnica, che potrebbe richiedere giudizi riservati²⁹.

Confrontando la disciplina comunitaria e quella interna, la dottrina³⁰ afferma che la trasparenza, nelle direttive comunitarie sugli appalti, appare come predeterminazione di criteri selettivi per una corretta aggiudicazione, “garantendo il controllo del processo decisionale dell'amministrazione, in un percorso evolutivo che dallo stato di conoscibilità potenziale, cui è preordinato il principio di pubblicità, conduce in maniera fluida alla conoscenza vera e propria ed alla comprensione”, mentre nel nostro ordinamento la trasparenza è criterio ordinatore di tutto il procedimento di evidenza pubblica e, per di più, di tutti i procedimenti amministrativi *ex art. 1, l. 241/90*. La conclusione è che “la portata dei suddetti principi nel diritto interno è, pertanto, ben diversa ed incisiva, anche per il fatto che essi rappresentano la proiezione di canoni costituzionali (e costitutivi) del nostro stesso Stato democratico”.

In questo senso, la giurisprudenza ritiene che il rafforzamento del contraddittorio, voluto in nome della trasparenza dal legislatore europeo, comporti che l'attribuzione di punteggi nelle gare d'appalto sia espressione anche di discrezionalità amministrativa, soggetta al sindacato giurisdizionale per la verifica dei vizi di legittimità, in particolare per l'eccesso di potere sotto il profilo delle figure sintomatiche del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta, dell'erroneità dei presupposti di fatto e d' incoerenza dell'*iter* valutativo³¹.

Dunque, per quanto attiene ai fini della nostra ricerca, si conferma che la trasparenza è principio eccedente quello di pubblicità ed informa di sé l'azione complessiva della pubblica amministrazione.

Sempre per quanto attiene i contratti pubblici, il principio della trasparenza è stato richiamato in materia di affidamenti sotto soglia³². Secondo il Codice dei contratti “i concorsi di progettazione e i concorsi di idee di importo inferiore alla soglia comunitaria devono essere espletati nel rispetto dei principi del Trattato in tema di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità” (art. 110). mentre ai contratti di lavori pubblici (art. 122) e di servizi e forniture (art. 124) sotto soglia non si applicano le

²⁹ Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 6311

³⁰ A. Gandino, *Sulla pubblicità delle sedute di gara: riflessioni a margine della trasparenza amministrativa nel codice dei contratti pubblici (e non solo)*, cit.

³¹ Cons. St., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708.

³² F. Manganaro, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico* (a cura di F. Saitta), Padova, 2008, 939 ss.; D. Casalini, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di “tutela dell'unità giuridica ed economica” dell'ordinamento*, in *Foro amm. CDS*, 2009,1215.

norme del Codice che prevedono obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale.

Si noti, innanzitutto, che il Codice distingue tra la trasparenza - sempre necessaria, anche nei contratti sottosoglia - e la pubblicità, qualche volta attenuata rispetto a quella richiesta per i contratti sopra la soglia comunitaria³³.

L'art. 2 del d.lgs. 163/2006, che stabilisce il principio di trasparenza, non è norma derogabile neppure nei contratti sotto soglia. Così, ad esempio, seppure l'art. 125 del Codice consente l'affidamento diretto, senza necessità di comparare una pluralità di preventivi, delle prestazioni di servizi di importo non superiore a 20.000 euro, la giurisprudenza afferma che la scelta del contraente deve sempre avvenire nel rispetto del principio di trasparenza, parità di trattamento e preventiva indagine di mercato. Su questo punto, la giurisprudenza amministrativa appare sempre più orientata ad un ampliamento del principio: oltre a quanto già autorevolmente affermato dall'Adunanza plenaria³⁴, le più recenti decisioni ribadiscono il principio della trasparenza per gli affidamenti di servizi di progettazione inferiori alle soglie comunitarie³⁵.

Il principio è chiaramente affermato nella giurisprudenza costituzionale, “pur in presenza di un appalto sotto soglia, debbano essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire

³³ A. Caldarera, *Diritto di accesso e contratti secretati*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico* (a cura di F. Saitta), cit., 149 ss.

³⁴ Cons. St., Ad. Plen. n. 1 del 2008 afferma che i principi generali del Trattato si applicano anche ai contratti diversi da quelli espressamente previsti nel Codice dei contratti, quali la concessione di servizi, gli appalti sotto soglia e comunque a qualsiasi contratti pur diverso dall'appalto che suscita il cd. interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, in quanto “trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una Pubblica Amministrazione, devono sempre applicarsi le regole della Comunità Europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza. Si tratta dei principi del Trattato, che sono quelli di: a) libertà di stabilimento (art. 43); b) libera prestazione dei servizi (art. 49); c) parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 43 e 49); d) trasparenza e non discriminazione (art. 86, che vieta le misure di favore a vantaggio delle imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e di quelle pubbliche). In tal senso, Tar Puglia, Lecce, sez. II, 1 agosto 2007, n. 3043. Sul punto, di recente, F. Tufarelli, *L'interesse concorrenziale all'attenzione del Tar*, in *Giur. merito* 2009, 2575 ss.

³⁵ Tar Lazio, sez. III, 26 agosto 2009, n. 8251 osserva che è necessaria una valutazione previo avviso pubblico anche per i servizi di progettazione di importo inferiore a 40.000 Euro, che, ai sensi dell'art. 62 d.p.r. n. 554 del 1999, sono “affidati dalle stazioni appaltanti previa adeguata pubblicità dell'esigenza di acquisire la relativa prestazione professionale”, dovendo l'avvenuto affidamento esser “reso noto con adeguate formalità, unitamente alle motivazioni della scelta effettuata”. Ai sensi dell'art. 91 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'affidamento di incarichi di progettazione di un'opera pubblica, anche sotto soglia, richiede una selezione tra i professionisti del settore “nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza”: Tar Abruzzo, sez. I, 27 luglio 2009, n. 361.

un assetto concorrenziale del mercato”³⁶. Con la recentissima sentenza 6 novembre 2009, n. 283, la Corte torna a ribadire che l'intera materia degli appalti pubblici rientra nell'ambito della tutela della concorrenza, essendo a tal fine irrilevante se l'appalto sia sopra o sotto soglia comunitaria, cosicché le Regioni non possono introdurre una disciplina difforme da quella statale, neppure ove vogliano elevare la protezione della concorrenza, in quanto si tratta pur sempre di ambito sottratto alla loro legislazione.

Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea rafforza la tutela della trasparenza, quando, ad esempio, afferma che i singoli Stati nazionali, proprio al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza, possono stabilire ulteriori cause di esclusione dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi rispetto a quelle stabilite dall'art. 29, c. 1, della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE³⁷.

Profili relativi alla trasparenza attengono anche alla *vexata quaestio* dell'attribuzione senza gara di servizi pubblici a società sottoposte a controllo analogo a quello esercitato sui servizi dell'ente originante. L'orientamento più recente richiama proprio il principio di trasparenza per giustificare che non vi sia violazione di esso solo quando la società per azioni a cui il servizio viene affidato sia a capitale interamente pubblico e sottoposta allo stesso controllo a cui l'amministrazione che ha creato la società aggiudicatrice sottopone i suoi servizi³⁸.

7. La trasparenza nella recente riforma delle pubbliche amministrazioni

³⁶ Sentenza 401 del 2007, ribadita successivamente dalle sentenze 411/2008 e 160/2009.

³⁷ Corte di Giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009 in causa C-538/07: nel caso in specie, è considerato ammissibile che il legislatore nazionale stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.

³⁸ Corte di Giustizia, sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-573/07, afferma che l'obbligo di trasparenza derivante dagli artt. 43 CE e 49 CE sulla non discriminazione in base alla cittadinanza non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. Nel caso di all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui: a) l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fundamentalmente a beneficio di questi ultimi; b) tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società. In tal senso, sentenze Parking Brixen, 13 ottobre 2005, punti 47- 49 e ANAV, 6 aprile 2006, causa C-410/04, punti 19-21.

Un' ulteriore sostanziale modificazione normativa viene ora dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*. Tra le numerose disposizioni sulla trasparenza, vale la pena, in questa sede, sottolinearne la rilevanza di alcune. L'art. 3 indica tra i principi generali "la trasparenza dei risultati delle amministrazioni pubbliche e delle risorse impiegate per il loro perseguimento", nonché la necessità di "la massima trasparenza delle informazioni concernenti le misurazioni e le valutazioni della performance". L'art. 11, esplicitamente intitolato alla trasparenza della *performance*, ne dà un'esplicita definizione come "accessibilità totale", riferendola alle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali ed all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Questo tipo di trasparenza assume la natura di livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione.

Lo stesso decreto legislativo obbliga tutte le amministrazioni pubbliche ad adottare un programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indichi le iniziative previste per garantire un adeguato livello di trasparenza, la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità, introducendo così, per la prima volta, oltre al principio di trasparenza, anche quello di *integrità*, il cui contenuto dovrà essere meglio esplicitato anche con l'ausilio della dottrina. Le amministrazioni pubbliche "garantiscono la massima trasparenza in ogni fase del ciclo di gestione della performance" e sono obbligate a pubblicare sul proprio sito istituzionale "in apposita sezione di facile accesso e consultazione" una serie di elementi: "a) il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità ed il relativo stato di attuazione; b) il Piano e la Relazione di cui all'articolo 10; c) l'ammontare complessivo dei premi collegati alla performance stanziati e l'ammontare dei premi effettivamente distribuiti; d) l'analisi dei dati relativi al grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità sia per i dirigenti sia per i dipendenti; e) i nominativi ed i *curricula* dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione e del Responsabile delle funzioni di misurazione della performance di cui all'articolo 14; f) i *curricula* dei dirigenti e dei titolari di posizioni organizzative, redatti in conformità al vigente modello europeo; g) le retribuzioni dei dirigenti, con specifica evidenza sulle componenti variabili della retribuzione e delle componenti legate alla valutazione di risultato; h) i *curricula* e le retribuzioni di coloro che rivestono incarichi di indirizzo politico amministrativo; i) gli incarichi, retribuiti e non retribuiti, conferiti ai dipendenti pubblici e a soggetti privati. Il comma 9 dell'art. 11 stabilisce, infine, che, in caso di mancata adozione e realizzazione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o di mancato assolvimento degli obblighi di pubblicazione è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti preposti agli uffici coinvolti.

Si ha così ulteriore significativa conferma normativa circa la peculiarità della trasparenza anche rispetto all'accesso ed alla pubblicità, nonché l'introduzione nell'ordinamento del nuovo principio di integrità.

La pubblicazione sui siti internet di dati attinenti l'attività e l'organizzazione è “anche”, ma non solo strumento per consentire “l'accessibilità totale” (art. 11 citato), che rimane il fine peculiare della trasparenza.

8. Trasparenza e controllo diffuso sull'organizzazione e l'attività amministrativa

Le ultime modifiche legislative attinenti al complesso dell'azione amministrativa e della sua organizzazione attribuiscono al principio di trasparenza un significato specifico, così come auspicato in dottrina.

L'evoluzione del principio di trasparenza nella legislazione vigente ne conferma la specificità rispetto ai principi di accesso e pubblicità, assumendo un contenuto identificabile nell'effettiva visibilità e comprensibilità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa. In questo senso vanno interpretate le numerose decisioni della giurisprudenza, che richiamano il principio, sempre meno in maniera generalizzante e sempre più con il contenuto specifico che la dottrina ha identificato

Così configurata, la trasparenza potrebbe ambire a ben altre finalità, quale quella di realizzare un controllo diffuso di legittimità dell'azione amministrativa.

Com'è noto alla cessazione dei controlli esterni, concretizzatasi soprattutto nella modifica costituzionale del 2001, non ha fatto seguito un reale sistema di controlli sull'attività, tali da garantire la legittimità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, anche perché i controlli interni hanno mostrato una sostanziale debolezza, soprattutto quanto all'indipendenza dei controllori: al cittadino leso da un provvedimento rimane la tutela giurisdizionale, che, tuttavia, trova un ostacolo di fatto nei costi relativi all'accesso alla giustizia.

La trasparenza, consentendo un controllo diffuso, potrebbe, perciò, assurgere anche a possibile rimedio al declino dei controlli di legittimità con un effetto sistemico sull'ordinamento che si rivela – come auspicato – un modo per rafforzare la democrazia, nell'ottica di una necessaria democrazia partecipativa³⁹.

Non si trascuri a tal fine il fatto che un'amministrazione sottoposta a controllo diffuso e, perciò, indotta o costretta a comportamenti legittimi e volti al buon andamento diventa un'amministrazione utile allo sviluppo sociale ed economico, con la conseguenza di limitare i tentativi ricorrenti di privatizzare e/o sopprimere enti amministrativi perché inefficienti: insomma, una buona amministrazione giova ai cittadini, ma alla stessa amministrazione, non più percepita come un peso allo sviluppo, ma come uno strumento di progresso civile.

³⁹ S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; U. Allegretti, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.