

**L'analisi di tali decisioni si colloca nel contesto del processo di espansione della trasparenza e dell'accesso in giurisprudenza.**

- Trova avallo a livello comunitario nel **principio di buona amministrazione ex art. 41 CDFUE**.
- Molteplici decisioni della Adunanza Plenaria sono accomunate da tale leit motiv.
  - o **Ad. Plen. n. 20/2020** fornisce una **nozione ampia di documento amministrativo**, facendovi rientrare anche gli **atti dell'anagrafe tributaria**, poiché sono volti a realizzare attività di pubblico interesse, in particolare l'attività impositiva dell'amministrazione finanziaria.
  - o **Ad. Plen., n. 4/2023** fa rientrare anche le **cartelle di pagamento** nella nozione di documento amministrativo: tale decisione non osta al regime di segretezza degli atti di procedimento tributario ex art. 24 LPA, dal momento che la cartella di pagamento appartiene alla fase esecutiva del procedimento tributario.
- Si colloca nella medesima direzione altresì il riconoscimento dell'accesso difensivo in una logica di complementarietà rispetto ai poteri istruttori d'ufficio del giudice amministrativo ex artt. 63 e 64 CPA: la titolarità di tali poteri in capo al giudice non inibisce il diritto di accesso, che può esercitarsi anche a processo in corso ex art. 116, co. 2 CPA, ove sia strumentale alla tutela dei suoi interessi in giudizio.
- L'espansione progressiva del diritto di accesso e del principio di trasparenza si riscontra, altresì, attraverso la qualificazione del **codice sorgente quale documento amministrativo** cui accedere: la dilatazione giurisprudenziale della nozione di documento amministrativo consente in questo caso al cittadino di comprendere come funziona e come viene emanato il provvedimento finale.

**Controspinte limitative alla dilatazione del diritto di accesso.** Tale processo espansivo ha raggiunto il suo acme, dando adito al rischio di compromettere eccessivamente altri valori costituzionali, come il buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., che può essere pregiudicato da istanze di accesso massive. In tal senso si collocano le tendenze giurisprudenziali di segno opposto che, in alcuni settori, restringono l'ambito operativo dell'accesso, come in materia di evidenza pubblica.

**Il caso dell'evidenza pubblica.** Il settore dell'evidenza pubblica tempera, da un lato, l'esigenza di ampliare la trasparenza e, dall'altro, di contenerne i potenziali pregiudizi rispetto al buon andamento e, soprattutto, al principio del risultato.

- Principi fondamentali in **contemperamento: riservatezza commerciale – speditezza della gara – risultato finale**, che comportano l'esigenza di evitare appesantimenti di procedura.
- Molteplici i punti di **potenziamento della trasparenza** in tale settore.
  - o Tale tendenza si presenta come **innovativa rispetto al passato**: l'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, escludeva, secondo parte della giurisprudenza, la possibilità di esercitare l'accesso civico rispetto agli atti di gara, in ragione delle eccezioni ex art. 5 bis d.lgs. 33/2013; dunque, era ammissibile solo nelle forme e con i limiti dell'accesso documentale.
  - o Tuttavia, con sentenza n. **10/2020 dell'Ad. Plen.** la prospettiva muta radicalmente: si ritiene che **accesso documentale e accesso civico siano in un rapporto di complementarietà**, quindi, è ammissibile l'accesso civico nel settore dell'evidenza pubblica e le eccezioni ex art. 5 bis vanno interpretate in maniera rigorosa.
  - o Si amplia ancora di più la trasparenza, riconoscendo la possibilità di accedere altresì agli **atti precedenti all'aggiudicazione** e, soprattutto, a **quelli della fase esecutiva**: si osserva come anche in tale fase l'interesse pubblico sia forte e legittima l'istanza di accesso.
  - o Gli **artt. 35-36 d. lgs. 36/2023 assecondano la tendenza**, positivizzando gli indirizzi giurisprudenziali maturati durante la vigenza del codice appalti previgente.
- Tuttavia, emergono altresì **esigenze di segno opposto**, fondate sull'esigenza di tutelare la **riservatezza commerciale e il buon andamento**, nella peculiare species del **principio del risultato ex art. 1 d. lgs. 36/2023**.

- Si delinea nel codice appalti 2023 un **sistema di accesso ibrido**, sussistendo meccanismi volti al contemperamento di tali interessi in gioco.
- **L'art. 35 d. lgs. 36/2023** riconosce l'accesso civico rispetto a tutti gli atti della gara, nonché della fase esecutiva del contratto, ma al co. 2 pone degli sbarramenti temporali, prima dei quali non è possibile accedere, pena l'integrazione da parte del pubblico funzionario del reato ex art. 326 c.p.
- Si prevede la **trasparenza automatica ex lege tra i primi cinque in graduatoria**, evitando così ricorsi al buio e rallentamenti della gara, in ossequio al principio del buon andamento.
- In tal senso, si colloca altresì la **conoscenza automatica unidirezionale dell'offerta del primo aggiudicatario**: in tal caso, la trasparenza prevale sulla riservatezza commerciale, sussistendo un interesse pubblico più forte al controllo delle modalità di spesa delle risorse pubbliche ottenute dall'operatore economico aggiudicatario.
- Fuori da questi casi di conoscenza automatica, invece, un soggetto estraneo alla gara deve avanzare l'istanza di accesso.
- Dopo l'accoglimento dell'istanza di accesso, il documento non è immediatamente ostensibile, dovendo attendersi 10 giorni per risolvere eventuali contrasti sul punto.
- Art. 35, co. 3, in chiave innovativa rispetto all'esclusione automatica prevista in passato, riconosce alla stazione appaltante discrezionalità nell'escludere o meno l'accesso alle informazioni attinenti al segreto commerciale o industriale, c.d. know-how, in ossequio al principio della fiducia ex art. 2 d. lgs. 36/2023.
- Art. 35, co. 5, poi, è stato oggetto di un dibattito interpretativo, riconoscendo come l'interesse difensivo sia sempre prevalente sulla riservatezza commerciale rispetto alle informazioni di cui al co. 4, lett. a e b.

#### **Analisi dei problemi interpretativi generati dall'art. 35, co. 5 d. lgs. 36/2023.**

- La norma sembra riconoscere **prevalenza automatica all'interesse difensivo** a discapito della riservatezza commerciale rispetto all'istanza di accesso ai documenti ex art. 35, co. 4, lett. a e b d. lgs. 36/2023.
- Tale disposizione chiarisce che **alcuni documenti, come i pareri legali** acquisiti dalla stazione appaltante, **non sono ostensibili**, a pena di compromissione del diritto di difesa.
- Fuori da questi casi, però, **non si può negare** l'accesso quando si tratta di **accesso difensivo**.
- Tuttavia, **la trasparenza** alla base di tale forma di accesso **non è un diritto tiranno** e deve entrare in contemperamento con altri valori costituzionali.
- La prevalenza automatica dell'interesse difensivo ex art. 35, co. 5 si pone **in sintonia con gli artt. 24 e 41 Cost.**, poiché il diritto di difesa prevale nella gerarchia costituzionale e la libertà di iniziativa economica può essere sottoposta a limiti legislativi volti proprio a tutelare il diritto di difesa.
- Sussistono, però, **dubbi di compatibilità con la disciplina comunitaria**, alla luce delle direttive 25/2014, 23/2014, 24/2014: tali direttive escludono un divieto assoluto di divulgazione dei segreti tecnici e commerciali, ma riconoscono discrezionalità alla PA in tal senso, in ossequio al principio della fiducia, in particolare fiducia nel rapporto tra PA e operatore economico, volto al risultato. Ne deriva che non si può porre un disincentivo al risultato (ottenimento della migliore prestazione possibile): è invece necessario stimolare la prestazione dell'offerta ma non disincentivare tale risultato con il rischio di ostensione di ogni dato coperto dalla riservatezza commerciale.
- In senso opposto, **l'art. 35, co. 4 riconosce una discrezionalità alla PA, che il co. 5, invece, sottrae**.
- Sul punto, è sorto un **dialogo tra le corti**.
- **L'ordinanza del Cons. St., n. 8278/2024** opera rinvio pregiudiziale alla CGUE, fornendo una soluzione a tale contrasto normativo che realizza una **restrizione della trasparenza**.
- Osserva il Consiglio di Stato che la **declaratoria di anticomunitarietà dell'art. 35, co. 5** comporterebbe la **disapplicazione** della norma, qualora si riconosca alla **direttiva 25/2014 carattere self-executing**, ovvero l'esigenza di sollevare **questione di legittimità costituzionale per violazione**

**dell'art. 117 Cost., quale parametro interposto** della direttiva stessa, laddove si riconosca a quest'ultima carattere **non self-executing**.

- Evidenza, poi, le potenziali conseguenti **azioni risarcitorie** fondate sulla disciplina comunitaria, nonché che la soluzione normativa si pone in conformità con la Cost., ma in contrasto con l'UE: invero, la **concorrenza** è un valore concepito ancora come **centrale nella prospettiva comunitaria**, mentre l'art. 1 d. lgs. 36/2023 testimonia la sua ricostruzione in chiave **strumentale rispetto a ulteriori principi, come quello di risultato, sul piano nazionale**.
- Il **codice appalti 2023**, invero, esprime tale **rapporto di tensione e temperamento** tra i principi di **concorrenza e trasparenza**, nonché di **buon andamento e risultato**; al contrario, nella **prospettiva comunitaria**, preservare la **riservatezza è strumentale alla tutela della concorrenza**.
- **CGUE C-686/24 del 2025** conferma la soluzione prospettata dal Consiglio di Stato, affermando che la direttiva osta a una disciplina nazionale che non consenta agli enti aggiudicatori di operare un **bilanciamento tra diritto di difesa e riservatezza commerciale**, in quanto l'interesse comunitario in materia di appalti è non falsare la concorrenza e, a tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici non devono divulgare informazioni che falsino la concorrenza, altresì alla luce del **rapporto di fiducia tra amministrazione e operatore economico**, il quale deve poter comunicare qualsiasi informazione utile senza temere che sarà rivelata a terzi con possibile pregiudizio.
- **Cons. St., n. 7201/2025** si colloca in tale solco argomentativo, confermando gli approdi giurisprudenziali e applicandoli al rapporto tra accesso civico e tutela della riservatezza commerciale. Elabora infatti le seguenti coordinate:
  - **L'art. 35 d. lgs. 36/2023** disciplina l'accesso civico in riferimento alle gare ad evidenza pubblica.
  - Tuttavia, non viene meno l'operatività degli interessi-limite pubblici o privati ex art. 5bis, co. 1 e 2 d. lgs. 33/2013.
  - Pertanto, la PA deve operare un bilanciamento concreto dei contrapposti interessi, considerando che l'accesso civico generalizzato non può portare alla divulgazione di interessi sensibili che possano ledere la tutela dei segreti commerciali dell'aggiudicatario e falsare la concorrenza.
  - **CGUE C- 686-24 del 2025**, infatti, esclude l'accesso automatico agli atti di gara a fini di difesa, ritenendo necessario un **bilanciamento caso per caso** tra la tutela dei segreti commerciali e il diritto di accesso, in quanto non si può frustrare la ratio di tutela del know-how aziendale.