

# IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 25 - giugno 2022

## TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E CONTRATTI PUBBLICI

Francesco Merloni

## TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E CONTRATTI PUBBLICI<sup>°</sup>

**Francesco Merloni**

*già Professore Ordinario di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Perugia  
già componente dell'ANAC*

*Il tema della trasparenza nel settore dei contratti pubblici illustra bene le tematiche generali della trasparenza amministrativa. Il settore ha visto crescere l'importanza e la qualità della normazione, perché la trasparenza è un mezzo straordinario per il contrasto alla corruzione, fenomeno radicato negli appalti pubblici. Si segnala la rischiosa tendenza a ridurre la trasparenza per obblighi di pubblicazione a favore della trasparenza per accessi, che non dà gli stessi risultati. La trasparenza per obblighi è la strada maestra ma richiede investimenti iniziali importanti (per disporre di tecnologie adeguate e di personale in grado di utilizzarle). Trascurata la dimensione organizzativa della trasparenza; la normativa che accompagna la realizzazione del PNRR non fa eccezione.*

*The theme of transparency in the public procurement sector well illustrates the general issues of administrative transparency. The sector has seen the importance and quality of standardization grow, because transparency is an extraordinary means of combating corruption, a phenomenon rooted in public procurement. We note the risky tendency to reduce transparency for publication obligations in favor of access, which does not give the same transparency. Transparency for obligations is the main road but requires important initial investments (to have adequate technologies and personnel able in using them). Neglected the organizational dimension of transparency; the legislation that accompanies the implementation of the PNRR is no exception.*

### **Sommario:**

1. La trasparenza e la prevenzione della corruzione
2. La “semplificazione” della trasparenza e i suoi rischi
3. La trasparenza come progetto costituzionale, da attuare di per sé
4. Cosa deve essere trasparente. Il dato pubblico
5. Come si rende trasparente l'amministrazione
6. Chi si deve occupare della trasparenza
7. La trasparenza nei contratti pubblici, tra accessi e obblighi di pubblicazione
8. La conoscenza del settore dei contratti pubblici
9. La trasparenza nel settore dei contratti pubblici
  - 9.1. La trasparenza mediante gli accessi (documentale e generalizzato)
  - 9.2. La trasparenza fondata sugli obblighi di pubblicazione
10. La semplificazione della trasparenza nei contratti pubblici
  - 10.1. La semplificazione normativa
  - 10.2. La semplificazione delle banche dati
  - 10.3. La digitalizzazione dei contratti pubblici
  - 10.4. La semplificazione organizzativa
11. La trasparenza nel PNRR.
12. La trasparenza nel Codice dei contratti del 2023

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. La trasparenza e la prevenzione della corruzione

Per comprendere bene le problematiche connesse al regime di trasparenza nel settore dei contratti pubblici sono necessarie poche note introduttive sul tema generale della trasparenza.

Nell'economia di questo intervento mi limito ai passaggi essenziali<sup>1</sup>. L'approfondimento nel campo dei contratti pubblici sarà quindi un utile terreno di verifica della problematica generale.

Il principio di trasparenza, non esplicitato nella nostra Costituzione, è progressivamente penetrato nel nostro ordinamento, tanto sul piano della disciplina normativa quanto su quello della giurisprudenza, amministrativa e costituzionale<sup>2</sup>; tanto sul piano dell'elaborazione dottrinale quanto su quello dei comportamenti delle nostre amministrazioni pubbliche.

Il primo spiraglio, dopo decenni dominati dall'opposto principio del segreto, si è avuto con il diritto di accesso introdotto dalla legge n. 241 del 1990 (artt. 22 - 25), accompagnato da una primissima configurazione di obblighi di pubblicazione (art. 26). Si è trattato, nonostante la diversa opinione della Commissione Nigro, del riconoscimento di un diritto di conoscenza a fini quasi esclusivamente *difensivi*, in capo a colui che è titolare di posizioni giuridiche soggettive rilevanti, coinvolte nel procedimento amministrativo. Se lo scopo della legge è favorire la partecipazione dell'interessato nel procedimento per anticipare la sua tutela prima dell'adozione di un provvedimento, l'accesso documentale è il necessario completamento di questo diritto. Le limitazioni soggettive, dovute al ruolo frenante svolto allora dal Consiglio di Stato, riducono fortemente anche l'effetto di trasparenza di questo strumento. Colui che accede ai documenti (ai dati e alle informazioni in essi contenuti) detenuti dall'amministrazione, conosce quei documenti e, potenzialmente, può renderli conoscibili anche ad altri, ma lo scopo dell'accesso è difensivo, fa luce solo su atti dell'amministrazione e non sull'amministrazione in quanto tale. Nella "casa di vetro" si aprono *luci intermittenti e parziali*, non si illumina la casa.

La trasparenza resta, quindi, *confinata all'accesso documentale* per un lungo periodo, nel quale anche la revisione della legge n. 241 operata con la legge n. 15 del 2005 non cambia la situazione, anzi la peggiora, se solo si legge il comma 3 dell'art. 24, che dichiara non «ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione». Ancora una volta il Consiglio di Stato si pone dalla parte delle amministrazioni, timorose di eccessive aperture conoscitive e di eccessivi oneri organizzativi legati alla gestione delle istanze

<sup>1</sup> Per una aggiornata ricostruzione, più completa e articolata, si veda CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, 2022.

<sup>2</sup> Fondamentale, in questa direzione, la ricostruzione dell'evoluzione del nostro ordinamento compiuta dall'ormai notissima sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti amministrativi, pone sullo stesso piano, come principi costituzionali, il diritto alla riservatezza e il diritto del cittadino di conoscere dati, documenti e informazioni sulle pubbliche amministrazioni.

di accesso. A parziale scusante di questa posizione di resistenza, basta ricordare che, ancora nel 2005, la formazione e la conservazione dei documenti avviene in forma cartacea, così come cartaceo è l'accesso.

Insomma, tanto nel 1990 quanto nel 2005, l'ordinamento italiano perde l'appuntamento con la trasparenza e manifesta il suo grave ritardo rispetto all'ampio utilizzo dell'accesso, non limitato soggettivamente ai soli titolari di interessi rilevanti, in altri paesi, quali, per non parlare dell'esempio svedese già nel '700, gli Usa nel 1966 o la Francia nel 1978.

Resa impraticabile la strada dell'accesso si afferma progressivamente, prima in modo timido, per alcuni profili, poi in forma più generalizzata, lo strumento dell'*obbligo di pubblicazione*, sui nascenti siti informatici delle amministrazioni, di documenti da esse formati e detenuti. Sintesi di questo processo è la legge n. 15 e il d.lgs. n. 150, entrambi del 2009, che finalmente contengono una definizione aperta e organica di trasparenza che viene definita come<sup>3</sup> «*accessibilità totale*, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire *forme diffuse di controllo* del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità». Una definizione rimasta sostanzialmente immutata, salve le integrazioni che al principio ha voluto aggiungere il d.lgs. n. 33 del 2013<sup>4</sup>.

Una svolta importante si ha con la legge n. 190 del 2012, nota anche come “legge anticorruzione”. Il contrasto alla corruzione diviene, in un momento di gravi difficoltà economiche dell'Italia, una parte rilevante di politiche di “riforma” delle nostre istituzioni e di rilancio dell'immagine del Paese, anche a livello internazionale. In una prospettiva, imposta ormai da numerose convenzioni internazionali<sup>5</sup>, che vede nella prevenzione uno strumento assai più efficace della sola repressione penale della corruzione, la trasparenza diventa una delle misure preventive più rilevanti, destinata a promuovere un'amministrazione che si difende dalla corruzione e dalla cattiva amministrazione perché diventa sempre più aperta e conoscibile.

Vi è, quindi, una stretta connessione tra trasparenza e corruzione; in senso storico

---

<sup>3</sup> Vedi l'art. 4, comma 7, della legge: «la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».

<sup>4</sup> Il testo vigente, ultimamente integrato dal d.lgs. n. 97 del 2016, è il seguente: «La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».

<sup>5</sup> Per una attenta ricostruzione dei profili internazionali della prevenzione della corruzione e del ruolo dell'ANAC, si veda CANTONE, PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale*, Napoli, 2021.

(la trasparenza viene rilanciata in occasione di una rafforzata politica anticorruzione) e in senso oggettivo (la trasparenza aiuta a combattere la corruzione). Ma questa connessione non deve generare equivoci: non c'è una trasparenza finalizzata alla corruzione, ma una trasparenza che deve essere realizzata *di per sé e nella misura più ampia possibile* perché quella trasparenza, che consente forme diffuse di controllo «del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità»<sup>6</sup> o «sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»<sup>7</sup> serve, tra le altre cose, anche a prevenire fenomeni e comportamenti corruttivi<sup>8</sup>.

Passaggio cruciale, voluto dalla legge anticorruzione (che contiene una delega a questo fine) è la redazione di un corpo normativo contenente, in una forma tendenzialmente unitaria, tutti gli obblighi di trasparenza fino ad allora dispersi in diverse fonti normative. Il d.lgs. n. 33 del 2013 non è un Testo Unico sulla trasparenza (residuano norme ancora al di fuori, proprio in materia di contratti pubblici, come vedremo), ma è impostato in modo organico, che consente di dare contenuti al principio di trasparenza, che è conoscenza dell'amministrazione tanto come *organizzazione* quanto nello svolgimento della sua *azione*. Il valore del decreto del 2013 sta soprattutto nella costruzione di un *modello di trasparenza*, più che nelle singole disposizioni, in alcuni casi innovative e in altri riprodotte di obblighi di pubblicazione già fissati.

Nello stesso passaggio vi è una ulteriore novità: l'attuazione del principio non è affidata, come tante volte nelle riforme amministrative italiane, alla sola azione attuativa delle singole amministrazioni, ma questa volta è vigilata da un soggetto, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), dotato di poteri (di accertamento, di segnalazione alle amministrazioni e, in forma attenuata, di sanzione) e di una posizione di indipendenza dall'indirizzo politico del Governo.

L'ultimo, significativo, passaggio sta nell'introduzione, nel 2016<sup>9</sup>, con modifiche integrative del d.lgs. n. 33, di un nuovo diritto di accesso, definito *generalizzato* perché non più limitato soggettivamente, che consente a *chiunque* di accedere a documenti dati e informazioni detenuti dalle amministrazioni e non pubblicati nei loro siti informatici. La differenza con gli obblighi sta nel fatto che il nuovo accesso richiede, come l'accesso documentale, una valutazione da parte dell'amministrazione dell'istanza presentata dal cittadino, che non riguarda più la legittimazione soggettiva,

---

<sup>6</sup> Versione del principio del 2009.

<sup>7</sup> Versione del principio del 2013.

<sup>8</sup> Questa ricostruzione dei rapporti tra trasparenza e corruzione, più volte affermata dalla stessa ANAC, è lucidamente illustrata dal Consiglio di Stato nella nota Adunanza plenaria n. 10 del 2020, di cui ampiamente ci occupiamo in queste note. Al punto 23.3 della sentenza: «Come questo Consiglio di Stato ha già rilevato nel più volte citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016, la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, *«destinata sempre più ad assumere i contorni di una "casa di vetro", nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri»*.

<sup>9</sup> Si tratta del d.lgs. n. 97 del 2016, attuativo di una delega conferita al Governo dalla legge n. 124 del 2015.

ma solo caratteri oggettivi dei documenti e dei dati richiesti, cioè la possibilità che la loro diffusione possa compromettere altri beni tutelati dall'ordinamento, quali la riservatezza pubblica (ci sono dati che non possono esser diffusi pena la compromissione di rilevanti interessi pubblici curati dall'amministrazione) o la riservatezza privata, personale. Il bilanciamento tra gli interessi tutelati spetta all'amministrazione che detiene i dati; in caso di diniego la competenza ad intervenire e disporre la messa a disposizione dei dati e documenti richiesti (*disclosure*), come per l'accesso documentale, è del giudice amministrativo.

Un equilibrio che è il frutto di un'evoluzione storica, che ha visto in Italia a lungo impercorribile la strada dell'accesso, ma che costituisce un valore, un approdo utile. La trasparenza si fa innanzitutto attraverso obblighi di pubblicazione, più agevoli da applicare, perché è il legislatore che stabilisce (con una sorta di bilanciamento preventivo e generale) cosa deve essere pubblicato, e di efficacia più ampia (si illumina tendenzialmente tutta la "casa di vetro") rispetto a quella di accessi che, indipendentemente dalle diverse finalità perseguite e dalla maggiore onerosità legata al procedimento di valutazione dell'istanza, servono a dare luce, intermittente, solo a *parti* della casa.

## 2. La "semplificazione" della trasparenza e i suoi rischi

Nonostante i limiti oggettivi degli strumenti di accesso, dopo l'introduzione nel 2016 dell'accesso generalizzato (FOIA), si è assistito ad una ripresa di posizioni critiche verso lo strumento degli obblighi di pubblicazione, da alcuni, già prima del d.lgs. n. 33 del 2013 e immediatamente dopo la sua entrata in vigore, considerati come troppo numerosi<sup>10</sup> e troppo onerosi, dal punto di vista organizzativo, per le amministrazioni.

Si è affermata una pretesa maggiore "democraticità" dell'accesso generalizzato rispetto agli obblighi, considerati "autoritari" perché è il legislatore a determinarne in via unilaterale il contenuto.

Ne sono derivate proposte di "semplificazione" della disciplina della trasparenza, con l'obiettivo di dare centralità all'accesso FOIA. A tal fine gli obblighi andrebbero ridotti a quelli strettamente necessari (ad esempio a fini di prevenzione della corruzione) ovvero mantenuti, ma solo nelle amministrazioni in grado, per condizioni organizzative (quasi sempre di tipo dimensionale), di rispettarli.

Queste proposte presentano rischi elevati. In primo luogo si rischia di sopravvalutare il *ruolo del cittadino* nel garantire la trasparenza delle amministrazioni. Qui vi è un riflesso, soprattutto un preconcetto, che vede la centralità del ruolo del cittadino attivo, che con la sua curiosità, chiede di accedere a sempre nuovi dati e

---

<sup>10</sup> Questa posizione, che è arrivata a conteggiare le previsioni del d.lgs. n. 33 (fino ad un totale di circa 210 disposizioni!) come se ciascuna fosse un adempimento ulteriore e non l'individuazione dell'obbligo ricadente su ciascuno degli uffici che curano la formazione dei documenti che contengono dati e informazioni da pubblicare (obbligo che oggi si può soddisfare, come vedremo, già in sede di formazione digitale del documento) è ben rappresentata da NATALINI, VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli, 2015.

informazioni, li diffonde e rende perciò stesso l'amministrazione più trasparente. È un pensiero ingenuamente ottimista, mentre la realtà odierna ci presenta semmai un cittadino smarrito, poco informato dei suoi diritti a conoscere, spesso animato solo da spinte di tipo rivendicativo o comunque egoistiche (la pur sacrosanta tutela dei propri diritti lesi dall'amministrazione). Il cittadino critico, che esercita il controllo diffuso nell'interesse generale di cui parla la legislazione vigente, non esiste in natura, ma si forma, soprattutto nel dialogo con l'amministrazione. Il cittadino tanto più sarà portato utilizzare a scopo di trasparenza il proprio diritto di accesso quanto più potrà fondarsi su una già vasta trasparenza, garantita dagli obblighi di pubblicazione. Un concorso reciproco dei due strumenti alimenta la pratica e la cultura della trasparenza.

Vi è poi il rischio di una *riduzione secca* dell'ammontare di dati e informazioni diffuse disponibili sulle amministrazioni, accompagnato da un'inaccettabile disuguaglianza nel godimento del diritto alla trasparenza, che sarebbe negato, ad esempio, ai cittadini residenti nei comuni al di sotto di determinate soglie (di popolazione, di personale in servizio). In quei comuni, proprio quelli in maggiore difficoltà, la trasparenza sarebbe, *tout court*, negata (o affidata al solo accesso FOIA).

Vi è, ancora, la possibilità che in tal modo aumentino, anziché ridursi, gli *oneri amministrativi* della trasparenza. La gestione delle istanze di accesso è sicuramente più impegnativa, organizzativamente, della pubblicazione obbligatoria. Si consideri che in ogni amministrazione si deve garantire la necessaria competenza (la disponibilità di funzionari competenti) ad effettuare il previsto bilanciamento tra istanza di accesso e esigenze di tutela della riservatezza pubblica e privata: in ogni ufficio che tratta i dati e i documenti e in un ufficio unico (che potrebbe essere il RPCT), una competenza tanto più difficile da assicurare quanto maggiori fossero le istanze di accesso generalizzato.

Si rischia di aumentare le *resistenze delle amministrazioni*. Dietro quelle legittime ("troppi oneri") se ne possono nascondere altre ("pubblichiamo il meno possibile"), rendendo incerto il confine tra dati immediatamente conoscibili, dati conoscibili anche in tempi successivi, dati non conoscibili.

Infine non va trascurato il rischio di *indebolire la trasparenza* di fronte al contrapposto principio della riservatezza personale (*privacy*), ben presidiato dal suo Garante, nel frattempo molto rafforzato dal Regolamento dell'Unione Europea (il GDPR<sup>11</sup>). In un sistema che fosse dominato dalle istanze di accesso e dalla riduzione della quantità di dati oggetto di obbligo di pubblicazione, nel quale, in caso di diniego, la parola finale è del giudice amministrativo, le amministrazioni potrebbero essere fortemente influenzate, da tempo avvezze come sono a usare la *privacy* come motivo del diniego di accesso, dai pareri di competenza del Garante in caso di diniego motivato da lesione della riservatezza privata, accompagnati da poteri sanzionatori di una certa efficacia (art. 5, comma 7, d.lgs. n. 33 del 2013)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Regolamento (UE) n. 2016/679.

<sup>12</sup> Sul punto si veda CARLONI, *Il paradigma...*, op. cit., soprattutto al capitolo VI, paragrafo 3 («Contro-paradigmi: la riservatezza come regola»).

### 3. La trasparenza come progetto costituzionale, da attuare di per sé

Mentre nella costruzione della trasparenza sembra centrale il diritto soggettivo di conoscere del cittadino, è meno sviluppato il principio del *dovere* delle amministrazioni di *rendersi* trasparenti, di farsi “*casa di vetro*”.

Alla luce dell’evoluzione normativa sulla trasparenza si può affermare che nella nostra Costituzione, al di là delle letture riduttive delle norme dedicate all’amministrazione (97, 98 e dintorni), vi è chiaro un *progetto* che vuole le amministrazioni al servizio della cura dei diritti fondamentali del cittadino affermati nella sua prima parte<sup>13</sup>. L’amministrazione imparziale e funzionale è anche, anzi è soprattutto, un’amministrazione trasparente.

La trasparenza per il controllo diffuso e per la partecipazione va al di là di uno strumento di tutela rafforzata delle posizioni di coloro che sono coinvolti in procedimenti amministrativi, ma diventa strumento essenziale per l’amministrazione «condivisa»<sup>14</sup>, nella quale i cittadini, informati adeguatamente, concorrono alla cura dell’interesse generale.

Questo progetto, per attuarsi sollecitamente, dopo decenni di segreto e di applicazioni parziali del principio, ha bisogno di una legislazione che si ponga espressamente l’obiettivo di rimuovere ostacoli e di condurre le amministrazioni, i loro funzionari, verso l’amministrazione aperta e responsabile. In questa prospettiva gli obblighi di pubblicazione si rivelano lo strumento principe di trasformazione democratica dell’amministrazione.

Ad integrazione e rafforzamento degli obblighi intervengono i diritti di accesso. Giurisprudenza e dottrina, dopo l’introduzione del nuovo accesso generalizzato, hanno a lungo parlato di *tre accessi*: in ordine temporale, quello documentale, difensivo (legge n. 241 del 1990); poi quello “civico” (o “civico semplice”, d.lgs. n. 33 del 2013); infine quello generalizzato (o “civico generalizzato”, d.lgs. n. 97 del 2016).

In realtà il c.d. “accesso civico” altro non è che uno strumento di attivazione dal basso dell’adempimento agli obblighi dell’amministrazione, un’*istanza* rivolta all’amministrazione perché pubblici quanto previsto dalla legge. Uno strumento utile

---

<sup>13</sup> Sul punto si veda MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2018. Anche in questa prospettiva è utile citare la ricordata Adunanza Plenaria del CDS n. 10 del 2020, che al punto 23.4 recita: «La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall’altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati, come questo Consiglio di Stato ha già affermato (v., *ex plurimis*, Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7 nonché Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), sulla scorta dell’insegnamento secondo cui «non c’è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c’è diritto a prestazione che non condizioni l’organizzazione» (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383)».

<sup>14</sup> Sul punto fondamentali sono i lavori di Gregorio Arena. Tra gli altri si veda: ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n.117, 1997 e ARENA, *Il diritto dell’amministrazione condivisa*, in DALLA MASSARA, BEGHINI (a cura di), *La città come bene comune*, Napoli, ESI, 2019.

per precisare gli obblighi in caso di incertezza, ma non un diritto di accesso a documenti altrimenti non pubblicati.

Il tema diviene allora quello dei rapporti tra i *due* accessi, tendenzialmente ormai risolto dal giudice amministrativo nel senso del *pieno concorso* tra loro, che comporta il dovere per l'amministrazione di considerare anche sotto il profilo dell'accesso generalizzato un'istanza eventualmente non ammissibile per carenza della posizione soggettiva utile per l'accesso documentale<sup>15</sup>.

Siamo in presenza di una significativa evoluzione culturale, se solo si ricordano le posizioni estremamente prudenti del Consiglio di Stato, tanto nell'occasione della legge n. 241 del 1990, quanto nella novella del 2005<sup>16</sup>. Un'evoluzione cui non è estraneo il ruolo svolto dall'ANAC, soprattutto con le Linee guida del 2016<sup>17</sup>, nel chiarire le diverse finalità e le diverse modalità di bilanciamento tra interessi nei due tipi di accesso<sup>18</sup>.

#### 4. Cosa deve essere trasparente. Il dato pubblico

Come si è detto, le proposte di riduzione degli obblighi di pubblicazione cadono in un momento storico nel quale sono progressivamente cresciuti gli obblighi di pubblicazione, senza che sia stata mai fatta una riflessione adeguata su ciò che deve essere trasparente.

Nell'economia di queste note possiamo solo accennare ad un problema

---

<sup>15</sup> Si vedano tra le tante altre, la sentenza Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503, nella quale si afferma: «nulla, infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso», ovvero la notissima Adunanza plenaria n. 10 del 2020, che afferma: «Il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto. Se è vero che l'accesso documentale e quello civico generalizzato differiscono per finalità, requisiti e aspetti procedurali, infatti, la pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo "anelito ostensivo", evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame».

<sup>16</sup> Si veda la già richiamata disposizione dell'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990, ancora in vigore.

<sup>17</sup> Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33/2013, approvate con Delibera ANAC 28 dicembre 2016, n. 1309.

<sup>18</sup> Si veda un passaggio significativo delle Linee guida che il giudice (ancora nell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2020) riproduce alla lettera: «Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Il bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990, dove la tutela può consentire un accesso *più in profondità* a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma *più esteso*, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni.».

nominalistico di non poco conto. Nel d.lgs. n. 33 del 2013 si fa un uso ampio e spesso non tecnico dei termini «dati», «documenti» e «informazioni»<sup>19</sup>; in altri casi si fa riferimento a «notizie», in altri ancora a «documenti contenenti atti» o «documenti contenenti informazioni» e così via, tanto da richiedere una definitiva revisione delle norme secondo criteri predeterminati e comprensibili. Si potrebbe affermare al riguardo che i documenti detenuti dalle amministrazioni contengono o atti di un procedimento amministrativo (da quelli istruttori, un atto di accertamento, a quelli conclusivi, il provvedimento finale) ovvero informazioni appositamente elaborate (per fini conoscitivi o di trasparenza). Tutti i *documenti* quindi, contengono *dati* e *informazioni* (in questa prospettiva i due termini sarebbero sinonimi). Quello che va chiarito è che la trasparenza deve riguardare tutti i documenti ostensibili, che contengano atti (con i dati e le informazioni in essi contenute) ovvero che contengano informazioni pubbliche.

Vi è poi da stabilire *quale trasparenza*, perché quella che si ottiene con gli obblighi di pubblicazione impone, come si è visto, che siano precisati i documenti da pubblicare, con la possibilità che la legge imponga all'amministrazione di effettuare delle estrapolazioni di dati e informazioni contenute in atti e documenti redatti ad altri fini.

La trasparenza per accesso, invece, mentre sembra essere molto ampia relativamente ai documenti (e ai relativi dati e informazioni) detenuti dall'amministrazione, non comprende certamente la possibilità di imporre alle amministrazioni, con l'istanza di accesso, di procedere esse stesse all'estrapolazione ed elaborazione di tali dati e informazioni. L'interessato o il cittadino che accede ad un documento dell'amministrazione andrà alla ricerca, secondo la sua curiosità, dei dati che lo interessano.

Al di là di queste questioni terminologiche, il tema centrale è quello di ragionare sul *dato pubblico*, secondo l'ormai consolidata volontà del legislatore che, all'art. 3 del d.lgs. n. 33 del 2013, afferma: «*Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli*».

Una riflessione necessaria, visto che la trasparenza per obblighi di pubblicazione si è venuta configurando per approssimazioni successive, non sempre coordinate.

Caso significativo di questo andamento legislativo è quello dei dirigenti pubblici, per i quali la modifica apportata dal d.lgs. n. 97 del 2016 all'originario testo del d.lgs. n. 33 del 2013 ha comportato la pubblicazione obbligatoria dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti professionali, equiparati, contro il parere dell'ANAC, ai funzionari onorari (che comprendono gli organi politici e le figure amministrative di vertice), già sottoposti al regime di pubblicazione di questi dati dalla legge n. 441 del

---

<sup>19</sup> Solo alcuni esempi: gli art.1, comma 1 e 2, comma 1, e 5, comma 2, parlano di «*dati e documenti*»; l'art. 3, comma 1, e l'art. 5, comma 1, di «*documenti, informazioni e dati*»; il capo I-ter è intitolato «*Pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti*»; l'art. 8, comma 3, parla di «*dati, informazioni e documenti*».

1982. Con il risultato di un contenzioso che ha condotto alla ricordata sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale che ha mantenuto questo regime di pubblicazione per le categorie originarie, ma lo ha dichiarato illegittimo per i dirigenti professionali. In questo caso il legislatore non aveva compiuto quella necessaria valutazione su ciò che si deve sapere (compiti affidati, poteri svolti, compensi pubblici di qualunque natura percepiti) e cosa, invece, deve restare riservato (oltre ai dati strettamente personali, i dati patrimoniali).

Per contrastare efficacemente ipotesi, incostituzionali, di riduzione indiscriminata della trasparenza è necessario un lavoro di *revisione attenta e puntuale* degli obblighi di pubblicazione oggi contenuti nel d.lgs. n. 33 e altrove, che parta dai principi generali che abbiamo ricordato: il diritto di conoscere di *chiunque* per esercitare il proprio controllo democratico diffuso; il dovere delle amministrazioni di *rendersi trasparenti*, tanto nella loro organizzazione quanto nella loro azione; il principio, già richiamato da tempo, secondo il quale per il dato pubblico la trasparenza è la regola, mentre il dato privato è in principio riservato<sup>20</sup>.

Il lavoro da compiere deve riguardare tutti i settori di amministrazione, alla ricerca del *dato oggettivamente pubblico*, da rendere trasparente eventualmente anche in modo progressivo, in rapporto all'azione di cura dell'interesse pubblico: vi sono dati e documenti, non pubblicabili *tout court*, ovvero temporaneamente non pubblicabili, ad esempio in determinate fasi e passaggi del procedimento, poi pubblicabili quando vengano meno esigenze di riservatezza, pubblica e privata.

Un lavoro più complesso, ma che promette risultati più stabili e affidabili, migliore del ricorso a formulazioni generali, quali quelle adottate di recente nel d.l. n. 139 del 2021 (il decreto "Aiuti", uno dei tanti della fase emergenziale), che, al fine di porre un limite ad una possibile interpretazione estensiva del diritto alla riservatezza personale, ha introdotto, all'art. 9, una norma, integrativa dell'art. 2-ter del Codice della *privacy*<sup>21</sup>, con la quale si afferma che «Il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica [...] è *sempre consentito se necessario* per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti», imponendo all'amministrazione di indicare la finalità del trattamento<sup>22</sup>. Anche se animato dalla giusta volontà di garantire maggiore

<sup>20</sup> Si vedano le risalenti e fondamentali posizioni di BARILE, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, n.1, 1987, richiamato da CARLONI, *Il paradigma...*, op. cit.

<sup>21</sup> Il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

<sup>22</sup> Si riporta la disposizione per esteso, anche per comprendere i soggetti, che oltre alle amministrazioni, possono trattare i dati personali in presenza di un pubblico interesse: «1-bis. *Il trattamento dei dati personali da parte di un'amministrazione pubblica* di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le Autorità indipendenti e le amministrazioni inserite nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché da parte di una società a controllo pubblico statale di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, con esclusione per le società pubbliche dei trattamenti correlati ad attività svolte in regime di libero mercato, è *sempre consentito se necessario per l'adempimento di un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri a essa attribuiti*. La finalità del trattamento, se non espressamente prevista da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, è indicata dall'amministrazione, dalla società a controllo pubblico in coerenza al compito svolto o al potere

trasparenza, un simile meccanismo lascia in definitiva un ampio margine di discrezionalità al soggetto pubblico (in senso molto ampio, come si è visto) detentore dei dati e documenti contenenti dati personali nella decisione sulla loro trasparenza.

## 5. Come si rende trasparente l'amministrazione

Una volta chiarito quali sono i dati oggettivamente pubblici, da pubblicare attraverso la messa a disposizione sul sito «Amministrazione trasparente» di ciascuna amministrazione resta da risolvere il problema delle modalità da seguire per compiere questa operazione.

Nell'universo dominato dalla formazione cartacea del documento, il tema della trasparenza si è tradotto nella riproduzione digitale del documento (in sostanza la sua scannerizzazione) e la sua trasmissione al sito. Con notevoli complicazioni in caso di documenti contenenti dati riservati, per le necessità di oscurare le parti di documento che li contenevano.

Nell'universo segnato, invece, dalla piena digitalizzazione, questa non serve solo a fornire un servizio a chi deve accedere al documento (la costituzione effettiva del sito «Amministrazione trasparente» e la facilitazione per tutti dell'accesso al sito), ma riguarda ormai direttamente la *formazione digitale del documento*.

Una prospettiva che, una volta a regime, consentirà un'attuazione, se non totalmente automatica, sicuramente molto semplificata dell'operazione: il documento viene redatto direttamente in forma digitale, con la possibilità di oscurare, anche solo temporaneamente (in virtù del ricordato principio della pubblicazione progressiva), le parti contenenti dati non conoscibili, e pubblicato sul sito. L'adempimento all'obbligo è già realizzato in sede di formazione del documento o, ancora prima, in sede di adozione di applicazioni informatiche utili allo scopo. Non servono né attività di estrapolazione di dati, né complesse attività di trasmissione al sito. L'ulteriore passaggio, quello della ricerca nel documento dei dati di interesse, viene rimessa al cittadino che conosce il documento.

Problemi non secondari si presentano per la fase transitoria, di messa a regime del sistema.

Il primo è la garanzia che il documento *contenga effettivamente i dati* che la legge vuole rendere pubblici. A ben vedere tutto il d.lgs. n. 33 è fondato sull'obbligo di pubblicazione di determinati dati (semplici) o informazioni (elaborazioni, obbligate o volontarie, che l'amministrazione compie su propri dati). Per renderli conoscibili vanno pubblicati tutti i documenti che contengono dati e/o informazioni rilevanti. Si pensi, ad esempio, ad un atto di gestione del personale, che deve contenere tutti i dati da rendere trasparenti, quali l'attribuzione al dirigente di premi di produttività ovvero

---

esercitato, assicurando adeguata pubblicità all'identità del titolare del trattamento, alle finalità del trattamento e fornendo ogni altra informazione necessaria ad assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo ai soggetti interessati e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che li riguardano» (corsivi miei).

si pensi a documenti che contengono le informazioni che l'amministrazione ha elaborato (ad esempio la retribuzione media dei dipendenti in servizio, ovvero il numero dei dipendenti di una determinata categoria).

Vi è la possibilità che la garanzia della trasparenza si traduca nella *garanzia del contenuto dell'atto*, con processi di uniformazione e *standardizzazione* dei documenti amministrativi (ad esempio, un atto di autorizzazione, per essere conoscibile, deve contenere tutti i dati, da immettere nel documento in alcune sue parti o campi predeterminati). Processi utili, che possono, peraltro, tradursi in un'uniformazione eccessiva, che può arrivare a limitare la libera valutazione degli interessi coinvolti o il contenuto della decisione amministrativa, cioè a pregiudicare la discrezionalità dell'azione amministrativa. Vi è, dunque, da compiere una riflessione, che fin qui non è stata fatta, prese le amministrazioni dai problemi di organizzazione del processo (dalla sua confezione del documento fino alla sua pubblicazione), sull'*uniformazione dei linguaggi* (necessaria per rendere omogenei gli atti a contenuto simile).

Vi è poi, il problema delle *modalità concrete di pubblicazione*, soprattutto nei rapporti tra pubblicazione sul sito «Amministrazione trasparente» e pubblicazione su banche dati nazionali. Si consideri l'ipotizzata «Piattaforma unica della trasparenza», oggetto di una originaria proposta dell'ANAC in occasione della prima redazione del PNRR e poi non compresa nel testo del Piano inviato alla Commissione europea<sup>23</sup>. La Piattaforma unica sarebbe in sostanza una grande banca dati nazionale contenente tutti i dati e le informazioni che le amministrazioni pubblicano sul loro sito «Amministrazione trasparente».

Come è noto, il d.lgs. n. 33, all'art. 9-bis, considera una semplificazione la possibilità di ritenere adempiuto l'obbligo di trasparenza con la pubblicazione del dato in una banca dati nazionale. La Piattaforma, quindi, non elimina le problematiche a monte della pubblicazione (la formazione digitale del documento), semplifica la sua messa a disposizione, ma può comportare effetti sul contenuto del documento, quali un più stretto coordinamento tecnico, uniformizzante, dei contenuti dell'atto per renderlo utilizzabile nella piattaforma. La Piattaforma deve, infatti, assicurare una adeguata omogeneità dei contenuti, altrimenti è solo la sommatoria di ciò che viene pubblicato nei siti. Le banche dati nazionali si rivelano uno strumento molto penetrante per quel processo di standardizzazione dei documenti che si è appena visto.

---

<sup>23</sup> Della Piattaforma unica parla, rinviando ad essa dandola per già istituita, l'art. 8, comma 2, lettera u), della legge annuale per il mercato e la concorrenza, la legge 5 agosto 2022, n.118. La legge, proprio all'art. 8, delega il Governo all'adozione di decreti legislativi per il riordino dei servizi dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Questo il testo della disposizione in esame: «u) rafforzamento, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 29, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, resa interoperabile con le banche dati nazionali già costituite, e la piattaforma unica della trasparenza, ivi compreso l'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, ivi compreso l'affidamento in house, la regolazione negoziale del rapporto tramite contratti di servizio e il concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico». Sulla costruzione di una tale piattaforma sta lavorando l'ANAC.

Il terzo non risolto problema è la *disponibilità di competenze informatiche* all'interno delle amministrazioni: in sede di formazione dei documenti; nella costruzione del processo interno di trasmissione dei documenti e dei dati al sito. Competenze da assicurare nell'amministrazione, con formazione specifica (rivolta a chi forma l'atto, il responsabile del procedimento o il dirigente che firma), ma anche con servizi di assistenza ravvicinata da assicurare in parti del sistema amministrativo: le province, ma anche le università, potrebbero porsi al servizio delle amministrazioni (comuni e scuole) di piccole dimensioni organizzative. In tal modo si eviterebbero improprie esternalizzazioni e indesiderate asimmetrie informative nel rapporto tra le amministrazioni e l'oligopolio dei pochi fornitori di servizi informatici<sup>24</sup>.

## 6. Chi si deve occupare della trasparenza

Sul piano del governo della trasparenza, la situazione creata dal legislatore si presenta molto complessa, se non contraddittoria.

La trasparenza per obblighi di pubblicazione ha trovato nell'Autorità nazionale anticorruzione il suo punto di riferimento<sup>25</sup>. L'ANAC vigila sugli adempimenti, con (limitatissimi) poteri di sanzione diretta<sup>26</sup> e con poteri di segnalare la violazione all'amministrazione per l'attivazione di responsabilità, prevalentemente disciplinari. L'ANAC ha anche un significativo potere di coordinamento<sup>27</sup>, che arriva anche a

---

<sup>24</sup> Per un approccio al tema si veda MERLONI, *Data analysis e capacità conoscitive delle pubbliche amministrazioni*, in CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data, da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021.

<sup>25</sup> Sulla evoluzione organizzativa dell'ANAC, utile per comprendere anche i rapporti tra la trasparenza e le altre funzioni fondamentali dell'Autorità (prevenzione della corruzione e contratti pubblici), si veda MERLONI, *L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2022.

<sup>26</sup> Art. 47 del d.lgs. n. 33 del 2013.

<sup>27</sup> Si veda l'art. 48 del decreto: «1. L'Autorità nazionale anticorruzione definisce criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione della sezione «Amministrazione trasparente». 2. L'allegato A, che costituisce parte integrante del presente decreto, individua modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente. Alla eventuale modifica dell'allegato A si provvede con i decreti di cui al comma 3. 3. Gli standard, i modelli e gli schemi di cui al comma 1 sono adottati dall'Autorità nazionale anticorruzione, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza unificata, l'Agenzia Italia Digitale, la CIVIT e l'ISTAT. 4. Gli standard, i modelli e gli schemi di cui al comma 3 recano disposizioni finalizzate: a) ad assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati, per la soddisfazione delle esigenze di uniformità delle modalità di codifica e di rappresentazione delle informazioni e dei dati pubblici, della loro confrontabilità e della loro successiva rielaborazione; b) a definire, anche per specifici settori e tipologie di dati, i requisiti di qualità delle informazioni diffuse, individuando, in particolare, i necessari adeguamenti da parte di singole amministrazioni con propri regolamenti, le procedure di validazione, i controlli anche sostitutivi, le competenze professionali richieste per la gestione delle informazioni diffuse attraverso i siti istituzionali, nonché i meccanismi di garanzia e correzione

toccare gli aspetti del contenuto dei documenti da pubblicare, di cui si è appena detto. La vigilanza dell'ANAC non impedisce l'esercizio dei poteri di vigilanza e sanzione del Garante della *privacy*, in caso di pubblicazione ritenuta illegittima di dati personali<sup>28</sup>.

La trasparenza per accesso (documentale e generalizzato), salva la fase della richiesta di riesame dell'atto di diniego (che coinvolge il Responsabile prevenzione della corruzione e trasparenza dell'amministrazione), vede protagonista della tutela del diritto di accesso il giudice amministrativo. La legge non attribuisce all'ANAC nessun potere di vigilanza o potere diretto di *disclosure* (di disporre direttamente la messa a disposizione del documento in caso di diniego illegittimo), mentre i poteri consultivi e di vigilanza e sanzione del Garante possono incidere, anche significativamente, sulle decisioni delle amministrazioni sulle istanze di accesso.

Il sistema attuale, del voluto conflitto dialettico tra due autorità contrapposte, non ha funzionato, proprio a causa del grave squilibrio tra i poteri attribuiti a Garante e ANAC. Esula dall'economia di queste note valutare le diverse prospettive che potrebbero aprirsi, che qui ci si limita ad accennare<sup>29</sup>: 1) il mantenimento dello *status quo* con l'attuale squilibrata dialettica tra le due Autorità; 2) il rafforzamento dei poteri dell'ANAC in materia di trasparenza, con l'attribuzione di competenze in materia di accesso (*disclosure*, salva sempre la giurisdizione del giudice amministrativo) in una dialettica più equilibrata; 3) la creazione di una terza autorità, analoga al britannico *Information Commissioner*, destinata ad occuparsi di tutta l'informazione pubblica, che fonda insieme le competenze ANAC sulla trasparenza per pubblicazione e la competenza rafforzata sugli accessi; 4) l'unificazione in un'unica Autorità dei poteri in materia di trasparenza e *privacy*, creando, però, le condizioni operative che consentano alla nuova Autorità di curare, insieme e in modo equilibrato, i due interessi (escluso, quindi, un semplice assorbimento delle competenze dell'ANAC nel Garante).

---

attivabili su richiesta di chiunque vi abbia interesse. 5. I soggetti di cui all'articolo 2-bis, nell'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, sono tenuti a conformarsi agli standard, ai modelli ed agli schemi di cui al comma 1».

<sup>28</sup> La convivenza in materia tra le due Autorità indipendenti ha trovato anche momenti di frizione. Si veda il caso delle «Linee guida in materia di trattamento dei dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza, sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati», adottato dal Garante *privacy* nel maggio del 2014, in una materia regolata in gran parte da obblighi di legge (la cui vigilanza era dalla legge affidata all'ANAC) e in un momento di difficoltà organizzativa dell'ANAC (il nuovo Presidente operava in assenza del nuovo Consiglio, nominato solo nel luglio di quell'anno).

<sup>29</sup> Queste alternative sono più ampiamente esaminate in MERLONI, *Il "governo" della trasparenza*, in PIRAS (a cura di), *Dialoghi sulla trasparenza. Riflessioni a partire dal convegno I paradigmi della trasparenza*, Cagliari, 30 settembre 2022, Giuffrè FL, 2023.

## 7. La trasparenza nei contratti pubblici, tra accessi e obblighi di pubblicazione

Il settore dei contratti pubblici è di grande interesse per l'applicazione del principio di trasparenza.

Anche in questo settore la trasparenza ha coinciso a lungo con la *pubblicità della gara* (la pubblicazione del bando) e con il riconoscimento agli interessati (soprattutto alle imprese) del *diritto di accesso* secondo la disciplina generale della legge n. 241 del 1990, con alcune limitazioni (vedi il potere di differimento dell'accesso) e alcune esclusioni dall'accesso (a protezione di specifici interessi coinvolti nel procedimento). Una disciplina già definita nel primo codice dei contratti (il d.lgs. n. 163 del 2006, all'art.13) e poi confluita nel d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici, d'ora in poi "Codice"), che contiene disposizioni, speciali, in materia di accesso documentale (in particolare gli art. 53, in via generale, e 162, per i contratti secretati) da porre in rapporto alla disciplina generale dell'accesso generalizzato, nella parte in cui, all'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33, prevede casi di esclusione da tale accesso ovvero lo sottopone a «specifiche, condizioni, modalità o limiti».

Questa limitatissima trasparenza viene progressivamente ampliata con l'imposizione alle stazioni appaltanti di obblighi di pubblicazione, definiti a partire dalla legge n. 190 del 2012, poi nel d.lgs. n. 33, fino allo stesso Codice del 2016. Si tratta di norme utili, ma di difficile coordinamento.

Per comprendere bene le problematiche connesse all'applicazione dei diversi strumenti di trasparenza nei contratti pubblici è utile una valutazione preliminare dei dati documenti e informazioni disponibili in virtù dell'applicazione di norme che mirano alla raccolta di tali dati e documenti a fini conoscitivi.

## 8. La conoscenza del settore dei contratti pubblici

La disponibilità di dati a fini di trasparenza si intreccia, nel settore dei contratti pubblici, con la raccolta di dati a fini di *conoscenza*, utile per verificare la qualità della disciplina e l'andamento effettivo dei contratti di lavori servizi e forniture.

Il più rilevante processo di organizzata rilevazione ed elaborazione di dati relativi al settore dei contratti pubblici è stato avviato intorno alla progressiva istituzionalizzazione di un'Autorità di vigilanza nel settore<sup>30</sup>, le cui funzioni di regolazione e vigilanza sono state accompagnate da poteri che le consentano un'approfondita conoscenza del settore.

Dall'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture si è passati all'istituzione della "Banca dati nazionale dei contratti pubblici" (BDNCP). La disciplina della BDNCP è contenuta tanto nel Codice dei contratti pubblici quanto nel

---

<sup>30</sup> L'Autorità è stata istituita dalla "legge Merloni" (legge n. 109 del 1994), come Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. È stata poi confermata, con il nome di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, dal d.lgs. n. 163 del 2006, art. 6) e infine integrata nell'Autorità nazionale anticorruzione dal dl. n. 90 del 2014.

Codice dell'amministrazione digitale"<sup>31</sup>.

La BDNCP raccoglie, quindi, *dati/informazioni* sui contratti pubblici, riferiti a *tutte le fasi del contratto* (dalla programmazione alla aggiudicazione, fino all'esecuzione del contratto), per finalità prevalenti di *conoscenza del settore e di vigilanza*, anche se non viene trascurato il profilo della trasparenza.

Carattere principale della BDNCP è che la raccolta delle informazioni relative ai contratti pubblici avviene attraverso un complesso sistema di *trasmissione di dati, estrapolati dai documenti* adottati, che parte dall'amministrazione che bandisce la gara (in particolare dal RUP) e, attraverso un filtro regionale, arriva alla Banca dati gestita centralmente dall'ANAC.

Questa impostazione risente di due fattori: da un lato la costruzione dell'originario Osservatorio, articolato in una sezione centrale e in sezioni regionali, e dall'altro dalla necessità di un'opera, soggettiva, di estrapolazione dei dati (operata dal RUP dell'amministrazione) contenuti nei diversi atti relativi all'intera vicenda di un contratto pubblico.

Sotto il primo profilo la dipendenza della BDNCP dall'alimentazione dei dati dalla intermediazione degli osservatori regionali è stata causa di inefficienze, di disallineamenti temporali e, soprattutto, di una diversa qualità dei dati, dal momento che alcuni Osservatori, per cause organizzative interne, non procedevano tempestivamente e continuativamente alla trasmissione dei dati.

Sotto il secondo profilo, la soggettività dell'opera di estrapolazione dei dati, unita al notevole carico di oneri di trasmissione di dati gravante sul RUP della stazione appaltante, ha prodotto in molti casi una insufficiente qualità della BDNCP.

## 9. La trasparenza nel settore dei contratti pubblici

### 9.1 La trasparenza mediante gli accessi (documentale e generalizzato)

Nella materia dei contratti pubblici l'armonizzazione tra i due tipi di accesso ha trovato particolari difficoltà a causa di una disposizione contenuta nel Codice, l'art. 53, che, ponendo limiti all'accesso documentale, poteva essere letta come

---

<sup>31</sup> L'Osservatorio è stato istituito dal primo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163 del 2006, art. 7). La BDNCP è stata prevista dall'articolo 6-bis del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotto dal cd. Decreto Semplificazioni (dl. n. 5 del 2012), con la finalità di «favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture». Il Codice dei contratti vigente, il d.lgs. n. 50 del 2016, prevede (art. 213, comma 8) che l'ANAC «gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati, tutte le *informazioni* contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive». Il Codice dell'amministrazione digitale ha accompagnato questa evoluzione nel tempo, con la finalità di comprendere la BDNCP tra le banche di dati di interesse nazionale di cui all'art. 60, comma 3 (si veda anche l'art. 62-bis dello stesso codice). La BDNCP è operativa dal 1° gennaio 2013.

*esclusione* dall'applicazione dell'accesso generalizzato ai sensi dell'art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, in particolare per quella parte della norma che prevede tale esclusione «negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge ivi compresi in casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di *specifiche condizioni, modalità e limiti*». L'art. 53 poteva quindi configurarsi, insieme all'art. 162 sui contratti secretati, quale norma speciale sull'accesso, prevedendo anche due ipotesi di differimento<sup>32</sup> e quattro ipotesi di esclusione del diritto<sup>33</sup>. Le difficoltà sono nate per l'evidente mancato coordinamento tra le due disposizioni, pur essendo esse quasi coeve (introdotte entrambe nell'anno 2016), tanto che l'art. 53 del codice dei contratti, nel rinviare alla disciplina sull'accesso documentale ex art. 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, non fa alcun riferimento al FOIA.

Sulla questione, che aveva dato luogo a giurisprudenze opposte della III Sezione del Consiglio di Stato, favorevole ad una interpretazione estensiva, sostanziale, volta a consentire l'accesso generalizzato anche in materia di contratti, e della V Sezione dello stesso Consiglio, che si fondava sul dato formale del mantenimento in vigore di norme in contraddizione, su preoccupazioni di tutela dell'amministrazione (l'eccessivo onere delle istanze di accesso generalizzato), ma anche, curiosamente, sull'esistenza, in parallelo, della trasparenza per obblighi di pubblicazione (se ampi sono gli obblighi, ragiona il giudice, la trasparenza è già soddisfatta e si può limitare l'accesso alla sola tipologia dell'accesso documentale), si è pronunciata la ricordata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 10 del 2020.

La pronuncia è di grande interesse, in primo luogo perché testimonia dell'evoluzione culturale del giudice amministrativo in materia di trasparenza, con le affermazioni, prima richiamate, molto significative, sull'importanza e sull'ampiezza del principio di trasparenza in generale.

Nel campo dei contratti pubblici, poi, significativa la parte della pronuncia che richiama i rapporti tra prevenzione della corruzione e trasparenza in un settore particolarmente esposto ai rischi corruttivi<sup>34</sup>. La trasparenza, anche in questo campo, aiuta nella prevenzione della corruzione, ma non si esaurisce affatto in essa.

Nel merito, poi, la decisione risolve alcune problematiche di fondo, quali il rapporto tra i due accessi, con le amministrazioni (le stazioni appaltanti) chiamate a valutare l'istanza di accesso, laddove l'istanza non sia chiaramente configurata come preordinata all'una o all'altra tipologia di accesso. Qui la netta affermazione della pronuncia («22. Questa Adunanza plenaria ritiene che l'accesso civico generalizzato debba trovare applicazione, per le ragioni che si esporranno, anche

---

<sup>32</sup> Vedi il comma 2 dell'art 53.

<sup>33</sup> Vedi il comma 5 dell'art 53.

<sup>34</sup> Si veda il punto 30.3: «la configurazione di una trasparenza che risponda a “un controllo diffuso” della collettività sull'azione amministrativa è particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni e, in particolare, nell'esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative».

alla materia dei contratti pubblici») è motivata proprio con la diversa finalità e efficacia dei due strumenti: l'accesso documentale ha fini difensivi, consente di andare in profondità nell'acquisizione di dati e documenti, ma non consente un controllo generalizzato sull'attività (così il giudice "salva" anche la criticata norma dell'art. 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990), mentre l'accesso generalizzato è «dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. *right to know*, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé».

In secondo luogo l'accesso può riguardare anche la *fase esecutiva* del contratto. Questo in virtù dell'esplicito richiamo alla fase esecutiva fatto dall'art. 53, comma 1, del codice (con riferimento all'accesso documentale, ma oggi estensibile anche a quello generalizzato), ma per considerazioni più generali che la pronuncia richiama, sottolineando l'importanza della trasparenza, come controllo diffuso del cittadino, su una fase che ha una «rilevanza pubblicistica», anche se regolata da norme privatistiche, per il peso che in questa fase hanno interessi pubblici quali quelli disciplinati dal Titolo V del Codice (artt.100-113-bis), ovvero quelli consistenti nei controlli volti a «prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale»; ovvero, aggiunge il giudice, per la tutela di interessi ancora più generali, quali la concorrenza e il buon andamento<sup>35</sup>.

In terzo luogo la pronuncia consente di distinguere tra, da un lato, la disciplina ordinariamente applicabile alle istanze di accesso generalizzato, per le quali le stazioni appaltanti, allorché considerano l'istanza come di accesso generalizzato, le valutano caso per caso, come richiede l'art. 5-bis, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, per riscontrare se esistano eventuali interessi, pubblici o privati, che ostino alla diffusione dei documenti e, dall'altro, la disciplina che impone l'applicazione delle limitazioni e le esclusioni previste dall'art. 53, commi 2 e 5, del codice dei contratti.

In questa prospettiva la limitazione del *differimento dell'accesso*<sup>36</sup> stabilita per

---

<sup>35</sup> Si veda il punto 13.1: «*la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza*». E il successivo punto 13.2.: «*L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione*».

<sup>36</sup> Art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016: «2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il 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 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 documentale è «una esclusione assoluta dal diritto di accesso»<sup>37</sup> e quindi vale anche per l'accesso generalizzato in quanto «finalizzata a preservare la regolare competizione tra i concorrenti e il buon andamento della procedura di gara da indebite influenze, intromissioni, e turbamenti, e quindi dalla conoscenza di tali atti, prima della gara, da parte di chiunque, *uti singulus ed uti civis*». È un'esclusione assoluta, ma limitata nel tempo.

Si afferma così il principio di una «*conoscibilità progressiva* della documentazione di gara»<sup>38</sup>, secondo il quale, venute meno le esigenze di riservatezza a protezione della regolarità della gara, entrambe gli accessi ritrovano piena cittadinanza.

Analogo il ragionamento con riferimento alle esclusioni di cui all'art. 53, comma 5<sup>39</sup>, che, pur considerate come assolute (e come tali escludenti sia l'accesso documentale che quello generalizzato), hanno «una portata *limitata anche temporalmente e motivata*». Si tratta di casi, peraltro di stretta interpretazione, che non possono «comportare *ex se* l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale *vis expansiva* una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso».

Affermazioni utili, quindi, a ampliare la trasparenza nella forma dell'accesso generalizzato, ma anche a meglio configurare gli stessi obblighi di pubblicazione, di cui passiamo ad occuparci. Il principio della *conoscibilità progressiva* ben può adattarsi alla pubblicazione dei documenti relativi ad una vicenda contrattuale, nelle sue diverse fasi.

## 9.2. La trasparenza fondata sugli obblighi di pubblicazione

Ancora una volta, il settore dei contratti pubblici conferma la storica iniziale connessione tra trasparenza e prevenzione della corruzione. I primi obblighi di pubblicazione sui siti delle amministrazioni, diversi dalla sola pubblicità della gara

---

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, dei nominativi dei candidati da invitare; c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione».

<sup>37</sup> Vedi punto 27.2 della decisione.

<sup>38</sup> Vedi punto 27.3 della decisione.

<sup>39</sup> Art. 53, comma 5: «Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; c) 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; d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale»

sono stabiliti dalla legge n. 190 del 2012 e, immediatamente dopo, dal d.lgs. n. 33 del 2013; fino all'approvazione del Codice del 2016, che contiene un articolo (il 29) dedicato alla trasparenza.

Anche in questo settore si riscontrano norme che fissano in modo non coordinato l'oggetto degli obblighi di pubblicazione, sia quanto alle fasi del contratto che quanto a ciò che deve essere pubblicato.

Sotto il secondo profilo il comma 16, lettera b), dell'art. 1 della legge del 2012 impone alle amministrazioni di pubblicare i dati relativi ai procedimenti di «scelta del contraente per l'*affidamento* dei lavori, forniture e servizi», tanto da far pensare ad un'esclusione della fase esecutiva. Il comma 32 dello stesso art. 1, nel precisare il disposto del comma 16, individuando le informazioni imprescindibili che devono essere pubblicate, comprende tra esse, oltre a dati significativi per la fase di aggiudicazione (la struttura proponente, l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario) anche dati sui «tempi di completamento dell'opera, servizio e fornitura; l'importo delle somme liquidate». Con il che si impone una trasparenza relativa anche all'esecuzione del contratto. L'art. 37 del d.lgs. 33, prima della sua modifica del 2016 (d.lgs. n. 97) che lo ha ridotto a mera norma ricognitiva delle disposizioni in materia, ribadiva l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di pubblicare, «secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 163 del 2006», «le informazioni relative alle procedure per l'*affidamento* e l'*esecuzione* di opere e lavori pubblici, servizi e forniture».

La disciplina si è completata con l'art. 29 del Codice del 2016, che, nel fissare il principio della trasparenza, nella sua prima stesura imponeva di pubblicare, sul profilo del committente, «*tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori opere, servizi e forniture nonché alle procedure di affidamento*», con riferimento a tutte le tipologie di contratto del Codice, *ivi* comprese le concessioni, lasciando aperti dubbi sull'ampiezza dell'opera di trasparenza in materia. A risolvere la questione è intervenuto il dl. n. 77 del 2021, che con l'art. 53, comma 5, ha aggiunto le parole «*e l'esecuzione*» nel testo dell'art. 29, comma 1, del Codice.

Ma incertezze vi sono anche sull'oggetto specifico dell'obbligo di pubblicazione: mentre il comma 16, lettera b), dell'art. 1 della legge impone alle amministrazioni di pubblicare i *dati* relativi ai procedimenti di «*scelta del contraente per l'affidamento dei lavori, forniture e servizi*», dati la cui pubblicazione, nella precisazione dell'art. 32, comporta quindi un'opera di estrapolazione dai documenti e atti adottati e detenuti dalla stazione appaltante, l'art. 29 del Codice impone di pubblicare, sul profilo del committente, «*tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori*».

Sempre l'art. 29, al comma 2, imponeva la pubblicazione degli stessi *atti* anche sul sito del MIT e su una «*piattaforma digitale istituita presso l'ANAC*». Si trattava di una piattaforma, finora mai realizzata, destinata a raccogliere, in una apposita banca dati, tutti gli atti pubblicati dalle stazioni appaltanti. Una banca dati diversa quindi dalla BDNCP, che, come si è visto, raccoglie, attraverso l'estrapolazione dei dati da parte del RUP dell'amministrazione e il loro invio alla banca dati nazionale, una vasta

serie di informazioni onde, recita l'art. 213, comma 8, del Codice, «*garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive*». Anche in questo campo è intervenuto il dl n. 77, all'art. 53, comma 5, che ha riscritto il comma, introducendo il principio della gestione delle informazioni relative agli atti delle stazioni appaltanti attraverso la sola BDNCP, anche se il processo di trasmissione continua a passare dalle piattaforme telematiche interoperabili, di cui al comma 3 dello stesso articolo, che sono poi quelle regionali e locali<sup>40</sup>.

Il d.lgs. n. 97 del 2016, che ha corretto e integrato molte disposizioni in materia di trasparenza del d.lgs. n. 33, ha modificato l'art. 37, cercando un coordinamento con il nuovo Codice dei contratti, ma non ha risolto il dubbio di fondo, poiché ha stabilito l'obbligo di pubblicazione tanto dei *dati* di cui al comma 32 dell'art. 1 della legge n. 190 quanto degli *atti* di cui all'art. 29 del nuovo codice dei contratti.

In seguito al codice dei contratti, quindi, la trasparenza è assicurata non solo dalla pubblicazione di dati e di atti (a carico delle amministrazioni che devono pubblicare quelli di cui al comma 32). Per i dati è chiaro che si tratta di quelli relativi tanto alle procedure di gara, quanto alle fasi ad esse prodromiche e successive. In ogni caso la pubblicazione degli atti, prima nei siti delle stazioni appaltanti e poi nella BDNCP di cui all'art. 29, comma 2, del Codice, consente al cittadino la conoscibilità dei documenti amministrativi adottati dall'amministrazione nella vicenda contrattuale, ma non necessariamente fornisce, in modo leggibile e organizzato, i dati/informazioni in essi contenute utili ai fini del controllo diffuso voluto dalla legge.

Nella problematica così sommariamente ricostruita si è inserita la semplificazione dell'art. 9- bis del d.lgs. n. 33 come inserito dall'art. 9 del d.lgs. n. 97, che consente alle amministrazioni di adempiere agli obblighi di pubblicazione di dati informazioni e documenti attraverso la trasmissione di tali dati informazioni e documenti alle banche dati nazionali di cui all'allegato B.

In luogo della pubblicazione, sul sito dell'amministrazione sarà sufficiente un *link* alla relativa sezione della banca dati nazionale.

Un effetto di trasparenza si ottiene anche mediante l'accesso di chiunque vi abbia interesse (il mondo delle imprese, i cittadini) ai dati della BDNCP<sup>41</sup>. La notevolissima

---

<sup>40</sup> Questo il testo del nuovo comma: «2. Tutte le *informazioni inerenti agli atti* delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC *attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse* secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici» (corsivi miei).

<sup>41</sup> Si veda, nel sito dell'ANAC, la «*sezione Analytics* del Portale dei dati aperti dell'ANAC», che rende disponibili i «cruscotti per l'analisi self service dei dati sui contratti pubblici di lavori, servizi e

mole di dati estrapolati dai documenti delle amministrazioni consente il formarsi di un'opinione critica sul funzionamento complessivo e sui comportamenti di singole amministrazioni.

## 10. La semplificazione della trasparenza nei contratti pubblici

Per risolvere le criticità segnalate l'ANAC ha avanzato proposte di semplificazione<sup>42</sup>: sul versante normativo, sulla digitalizzazione dei documenti relativi alle vicende del contratto pubblico, sulla qualificazione informatica delle stazioni appaltanti.

### 10.1. La semplificazione normativa

Nel richiamato documento dell'ANAC si propone «la *rivisitazione delle norme sulla trasparenza amministrativa nei contratti pubblici* per razionalizzare e eliminare duplicazioni e asimmetrie di fonti normative. Per prima cosa, occorre concepire un *unico corpus normativo sulla trasparenza*, contenente le varie norme oggi vigenti sui contratti sparse in più testi (art. 29, d.lgs. 50/2016; artt. 37 e 42 del d.lgs. 33/2013; art. 1, commi 15-16, 26, 27 e 32, l. 190/2012). Ciò dovrebbe avvenire facendole confluire, possibilmente, all'interno del d.lgs. 33/2013, ovvero in un testo unico sulla trasparenza, con cui chiarire definitivamente quali siano i soggetti che devono assicurare la trasparenza, rispetto a quali contratti (se tutti o solo quelli sopra soglia ovvero con mitigazioni per quelli sotto soglia), a quali fasi del rapporto contrattuale e in ordine a quali dati o atti. Si tratta di scelte di fondo che sono fondamentali sia nel breve-medio periodo, consentendo alle amministrazioni di avere una base normativa chiara e completa degli atti e dei dati da pubblicare anche per superare eventuali incertezze dovute a istanze di tutela della *privacy*; sia nel lungo periodo, in relazione all'obiettivo della completa digitalizzazione delle procedure e della stessa fase esecutiva dei contratti.»

La strada della modifica del d.lgs. n. 33 del 2013 è oggi altamente incerta, dal momento che la ipotizzata delega alla sua riscrittura, nei programmi del Governo Conte 2, non si è tradotta in legge. In alternativa, in assenza di una delega per riscrivere la disciplina della trasparenza, si è aperta la strada di unificare la normativa

---

forniture con possibilità di applicare filtri su tutti gli oggetti grafici». È possibile, si legge nel sito, «condurre la ricerca sugli appalti per anno, oggetto dell'appalto, stazione appaltante e operatore economico aggiudicatario oppure direttamente tramite il Codice Identificativo Gara - CIG.» Il cruscotto è soggetto ad evoluzione continua e l'aggiornamento dei dati è quotidiano.

<sup>42</sup> Si veda ANAC: «*Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità - 27 Maggio 2020*». Ai fini della redazione del documento l'ANAC ha tenuto conto di un approfondimento curato dalla Banca d'Italia e poi ad essa inviato, dal titolo *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici - L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in *Rassegna Astrid*, 2020.

all'interno del nuovo codice dei contratti, per la redazione del quale, invece, la delega è stata data con legge n. 78 del 2022: la delega non pone esplicitamente il tema dell'unificazione e semplificazione delle norme in materia, ma la necessità di legiferare si ricava dai numerosi richiami alla trasparenza e dalle disposizioni che vogliono un rafforzamento dell'ANAC nel settore<sup>43</sup>.

La nuova normativa può pertanto risolvere numerose incertezze.

In primo luogo chiarire definitivamente *che cosa va pubblicato*, con riferimento a quali tipologie di contratto e a quali fasi della vita del contratto: a) tutti i *documenti* detenuti dalla stazione appaltante contenenti *atti* (a loro volta contenenti dati/informazioni da estrapolare) ovvero contenenti *dati/informazioni* (già estrapolati, per obblighi di legge o per iniziativa della stessa amministrazione); b) tutti i *documenti* relativi alle procedure di *affidamento e alle fasi ad esse prodromiche e successive* per *appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere*, per *concorsi pubblici di progettazione*, per *concorsi di idee*, per *concessioni*, per *contratti di partenariato pubblico privato*, ivi compresi gli affidamenti *in house*. Così come i resoconti della *gestione finanziaria dei contratti* al termine o nel corso della loro esecuzione.

Il documento ANAC del maggio 2020 ha proposto anche «*un regime semplificato di trasparenza per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, e in particolare degli acquisti di modico valore, ed eventualmente per alcune fasi della procedura*».

Da introdurre, poi, il principio della *pubblicazione progressiva dei documenti*, che andrebbe introdotto tenendo conto del criterio di differimento di alcuni dati/informazioni o di esclusione di altri dati. A questo fine, nell'ottica di un *corpus* normativo veramente unitario, vanno adottate norme coordinate sull'accesso, documentale o generalizzato, oggi contenute negli articoli 53 e 162 del Codice del 2016, anch'esse ispirate al principio della conoscibilità progressiva dei documenti.

Sotto il profilo soggettivo, si pone la necessità di chiarire che sono tenuti alla pubblicazione le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, nell'ampia definizione contenuta all'art. 3 del Codice, così da eliminare ogni dubbio sull'estensione della trasparenza anche ai documenti adottati da stazioni appaltanti che siano enti di natura privatistica.

In siffatto scenario, l'unificazione normativa comporta l'abrogazione di tutte le restanti norme che dispongono sulla trasparenza presenti nei vari testi normativi.

## **10.2. La semplificazione delle banche dati**

Si è illustrata la stretta connessione tra la raccolta di dati a fini conoscitivi, effettuata con il complesso meccanismo che produce la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, e la trasparenza relativa ai dati/informazioni contenuti nei

---

<sup>43</sup> Si veda il criterio di delega della legge n. 78 del 2022, art. 1, comma 2, lettera m): «anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico».

documenti relativi ai contratti pubblici.

Secondo le proposte ANAC sarebbe auspicabile una molteplice semplificazione: in primo luogo quella consistente nell'unificazione, nella BDNCP, di tutte le banche dati che raccolgono informazioni nel settore dei contratti pubblici; in secondo luogo la semplificazione dei meccanismi di raccolta dei dati destinati a confluire nella stessa BDNCP; infine l'unificazione nella BDNCP della gestione delle informazioni relative ai documenti delle stazioni appaltanti raccolte sia fini conoscitivi che di trasparenza.

Per la prima semplificazione della BDNCP oggi le stazioni appaltanti e inviano i propri dati ad una pluralità di banche dati che rispondono alle esigenze conoscitive di diversi soggetti pubblici (in particolare quelle del MEF e del MIT), senza che vi sia stato un efficace sistema di coordinamento. La evidente violazione del principio europeo dell'*unico invio* può essere risolta solo con l'attribuzione alla BDNCP del compito di raccogliere dati, unificati, destinati a soddisfare le esigenze conoscitive di diverse amministrazioni, sostituendo tutte le banche dati che raccolgono informazioni sui contratti pubblici<sup>44</sup>.

Per la seconda semplificazione resta da risolvere il barocco processo di alimentazione della Banca dati dell'ANAC che il comma 3 dell'art. 29 vigente prevede avvenga ancora attraverso piattaforme telematiche (che sono state anche definite come "piattaforme di approvvigionamento digitale") che le regioni dovrebbero mettere a disposizione delle stazioni appaltanti e rendere interoperabili con la BDNCP. Se mai questo meccanismo ha avuto un senso nel passato, nella prima formazione della Banca dati, oggi non si vede perché le stazioni appaltanti (debitamente attrezzate, naturalmente) non possano provvedere a trasmettere i propri dati direttamente alla BDNCP, la quale, poiché la legge la vuole necessariamente interoperativa, renderà conoscibili e utilizzabili questi dati per le regioni e per tutti i soggetti, pubblici e privati che vi siano interessati, magari fornendo ad essi un supporto tecnico per le elaborazioni di dati di interesse regionale.

La terza semplificazione appare oggi più agevole, dopo che il dl. n. 77 del 2021 ha previsto che sia la BDNCP a gestire anche le informazioni sugli *atti* delle amministrazioni. Vi è, però, una nuova incognita, quella dei rapporti tra la BDNCP e la ricordata «Piattaforma unica della trasparenza». Ove questa fosse realizzata si potrebbe immaginare che i documenti trasmessi dalle amministrazioni in materia di contratti pubblici siano pubblicati tanto nella BDNCP quanto nella più ampia Piattaforma unica. Nell'attesa dell'attivazione della Piattaforma, però, sarebbe utile creare, all'interno della BDNCP, una *sezione speciale* nella quale siano pubblicate

---

<sup>44</sup> Il protocollo previsto dal comma 4-bis dell'art. 29 del Codice per definire le regole di interoperabilità delle banche dati e dell'invio unico dei dati non ha funzionato, restando ogni amministrazione gelosa custode della propria banca dati e delle informazioni in essa contenute. Bene ha fatto, quindi, l'art. 53, comma 5, del dl. n. 77 del 2021 a riscrivere il comma 4-bis eliminando tale protocollo e prevedendo il principio del necessario *interscambio* tra BDNCP, le piattaforme telematiche regionali e la Banca dati sulle pubbliche amministrazioni (BDAP), tenuta dalla Ragioneria generale dello Stato, che viene evidentemente mantenuta. Le regole sull'interscambio, che resta soluzione insufficiente, devono essere stabilite dall'AgID.

«tutte le informazioni inerenti agli atti delle amministrazioni aggiudicatrici», come impone il vigente testo dell'art. 29, comma 2, del Codice.

Qualunque sia la soluzione adottata, nei rapporti tra sezione del sito «Amministrazione trasparente» dell'amministrazione e BDNCP si applicherà poi l'art. 9-bis del d.lgs. n. 33, secondo il quale con l'invio dei dati (documenti e informazioni) alla banca dati si intende assolto l'obbligo di pubblicazione.

In siffatto scenario, potrebbero essere abrogate tutte le restanti norme che dispongono anche in relazione a obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità o di altre banche dati, talvolta ridondanti e non coordinati (ad esempio, l'art. 1, commi 27 e 32, della l. 190/2012 e l'art. 106 del Codice) con l'art. 213 del Codice che affida all'ANAC la definizione, con propria delibera, delle modalità di trasmissione e le informazioni da acquisire nella BDNCP.

### 10.3. La digitalizzazione dei contratti pubblici

Si è ricordato nella parte introduttiva e generale che la trasparenza è resa possibile, anche nella sua maggiore estensione, grazie all'applicazione delle tecnologie informatiche, soprattutto grazie alla *formazione direttamente informatica* dei documenti delle amministrazioni (documenti “nativi digitali”).

In questo campo il settore dei contratti pubblici può costituire il terreno di prima e larga applicazione. A questo fine è opportuno richiamare che la “digitalizzazione” del settore può assumere diversi significati, che vanno dalla a) informatizzazione delle procedure a monte della gara: *programmazione e progettazione*, alla b) informatizzazione *della gara, del suo svolgimento*, specie nel campo degli acquisti di servizi e forniture; fino alla c) informatizzazione *dei documenti*.

Dei primi due casi ci si può limitare a richiamare la problematica generale. Il documento ANAC del maggio 2020 sottolinea l'importanza della gestione digitale della fase di *programmazione*, soprattutto nel campo degli acquisti, che «consentirebbe una maggiore razionalizzazione e tracciabilità di tutte le informazioni preliminari, dalla raccolta dei fabbisogni agli atti autorizzativi delle iniziative».

Analogamente «la digitalizzazione *dei progetti* posti a base di gara consente, oltre alla semplificazione della stessa, anche indubbi vantaggi nella fase di esecuzione degli affidamenti. Nell'ambito dei lavori una spinta alla digitalizzazione delle procedure arriverà con l'introduzione generalizzata del BIM (*building information modeling*)»<sup>45</sup>.

Quanto alla *digitalizzazione delle gare* (del loro svolgimento), il codice del 2016 era ben consapevole della centralità della questione, che però è stata rinviata ad un decreto interministeriale (art. 44), che doveva essere adottato entro un anno dalla data

---

<sup>45</sup> Si tratta, ricorda il documento ANAC, «di metodi e strumenti elettronici per la modellazione delle costruzioni in tutte le fasi di progettazione, realizzazione e gestione delle opere e relative verifiche». Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in attuazione dell'art. 23, comma 13, del Codice, ha emanato il d.m. 560/2017, che prevede l'estensione dell'uso di metodi e strumenti elettronici a tutte le gare di lavori, attualmente obbligatori per quelle di importo superiore a 50 milioni di euro e a regime, nel 2025, per tutte le nuove opere.

di entrata in vigore del Codice del 2016. Solo con il D.P.C.M. 12 agosto 2021, n. 148<sup>46</sup> troviamo finalmente norme che disegnano le modalità di gestione informatica della gara e i requisiti tecnici minimi necessari. Un importante passo avanti, che dovrà essere completato con provvedimenti che individuino delle piattaforme da validare a livello nazionale, interrompendo l'estrema parcellizzazione attuale, nella quale le stazioni appaltanti utilizzano piattaforme molto diverse tra loro, acquistate sul mercato. Così come sarà necessario incoraggiare e diffondere l'uso di tali piattaforme, con misure di amministrazione attiva, non di mera regolazione, quali incentivi finanziari, meccanismi per la messa a disposizione gratuita, il supporto tecnico gratuito.

Il problema più rilevante, anche ai fini di trasparenza, è la *formazione digitale dei documenti*. Oggi, come si è visto, gli atti di gara si formano liberamente, salvo a considerare gli interessi conoscitivi ad essi legati. Un RUP, quindi, sarà indotto a formulare un determinato atto (ad esempio l'aggiudicazione) tenendo conto che in esso vi devono essere tutti i dati utili per la successiva trasmissione alla BDNCP. Si deve immaginare un RUP che riempie il formulario subito dopo o addirittura in parallelo, rispetto alla formazione del documento dell'amministrazione. Questo processo sarà sempre più incentivato dal momento che il 25 ottobre 2023 entra in vigore il Regolamento di Esecuzione (UE) 2019/1780<sup>47</sup> della Commissione del 23 settembre 2019, che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici. La normativa europea, estremamente dettagliata, impone la produzione di schede digitali (*eForms*), da predisporre per l'inserimento di atti nelle piattaforme di e-procurement. Essa contiene dati obbligatori per le gare sopra soglia comunitaria, e dati facoltativi per gli affidamenti sotto soglia, di cui ogni Stato può imporre la raccolta e la trasmissione. È, quindi, prevedibile che in Italia si vada verso un processo di *progressiva standardizzazione* dei documenti contenenti atti, dati e informazioni, utili sia a fini conoscitivi (la BDNCP come strumento di conoscenza aggiornata del settore), sia a fini di trasparenza (la conoscibilità di dati e informazioni da parte dei cittadini).

Una prospettiva, però, tutt'altro che vicina, perché mentre molto si sta facendo sul terreno della formazione delle piattaforme, delle banche dati e della loro interoperabilità, ben poco si è fatto sul piano dei contenuti degli atti da adottare e del lessico utilizzato dalle amministrazioni nel formare i loro documenti. Una prospettiva da un lato importante perché destinata a rendere più tracciabili e trasparenti i comportamenti delle amministrazioni, d'altro lato inquietante, perché ridurrà

---

<sup>46</sup>Il regolamento definisce «le modalità di digitalizzazione delle procedure di affidamento disciplinate dal codice, anche attraverso l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni, ivi compreso il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici e tra i medesimi sistemi e gli organismi di vigilanza e controllo». Esso rinvia, per le regole tecniche necessarie, a *Linee guida* adottate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AgID).

<sup>47</sup> Il nuovo Regolamento abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 («formulari elettronici») e prevede, per tutti gli Stati membri, che, a far data dal 25 ottobre 2023, tutte le informazioni relative agli affidamenti devono essere trasmesse attraverso i formulari in esso contenuti (dal 22 novembre 2022 l'uso di detti formulari è facoltativo).

progressivamente la libertà delle amministrazioni di configurare i contenuti delle proprie decisioni.

Accanto alla soluzione di una progressiva standardizzazione con norme tecniche (informatiche e di contenuto) dei documenti, si può individuare una diversa prospettiva, che qui ci limitiamo a segnalare, quella che vede i documenti formati in modo più libero, dai quali i dati/le informazioni possano essere *estrapolati, con il ricorso ad algoritmi*, da parte delle stesse amministrazioni, per i propri fini conoscitivi, o dalla BDNCP. Anche in questo caso si deve ipotizzare che la maggiore libertà delle amministrazioni nel confezionare i propri atti sia bilanciata da vincoli relativi a dati/informazioni (a “campi” necessari) che il documento deve comunque contenere, per consentire un’extrapolazione consapevole e tracciabile dei dati contenuti nei documenti. I contratti pubblici si rivelano, anche in questo caso, anticipatori di una tendenza più generale all’uso degli algoritmi a fini di trasparenza<sup>48</sup>.

In entrambe i casi è necessaria una regolazione nazionale da prevedere nel corpo normativo destinato a regolare la trasparenza nei contratti pubblici, che veda protagonisti, alla luce dell’art. 117, comma 2, lettera r) della Costituzione che riserva allo Stato il «coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale», da un lato l’ANAC e dall’altro l’AgID<sup>49</sup>.

#### **10.4. La semplificazione organizzativa**

Nessuna delle semplificazioni della trasparenza fin qui ipotizzate può funzionare se non si pone mano ad una semplificazione organizzativa, dei soggetti pubblici che intervengono nel settore dei contratti pubblici.

Il Codice dei contratti del 2016, mai veramente attuato in pieno e fin dall’inizio oggetto di continue correzioni, modifiche sostanziali, sospensioni, deroghe<sup>50</sup> aveva come asse di fondo la completa riorganizzazione del settore dei contratti pubblici sia sul versante degli operatori privati che sul versante delle amministrazioni aggiudicatrici, in un processo che si dovrebbe autoalimentare: alla maggiore capacità di gestione pubblica, digitalizzata, del contratto dovrebbe conseguire, anche attraverso la ricerca di dimensioni organizzative maggiori, un sistema di imprese più attrezzato e affidabile. La strada seguita dal Codice è la previsione di requisiti organizzativi che

---

<sup>48</sup> Sul punto si segnala che una prima sperimentazione è in atto tra ANAC e Fondazione Ugo Bordoni, per l’utilizzazione di algoritmi per l’extrapolazione dei dati dai bandi europei. Sul punto dell’utilizzazione degli algoritmi sia a fini conoscitivi che di trasparenza, si veda FALCONE, *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati*, in CAVALLO PERIN (a cura di), *L’amministrazione pubblica con i big data...* op. cit.

<sup>49</sup> Si potrebbe pensare ad una norma così formulata: «L’ANAC, con propri provvedimenti, d’intesa con AgID, disciplina, nell’esercizio dei poteri di cui all’articolo 48 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, le modalità di formazione digitale dei documenti contenenti atti, dati e informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, ai fini della loro pubblicazione nella BDNCP e della utilizzazione a fini trasparenza dei dati e delle informazioni».

<sup>50</sup> Sul punto sia consentito rinviare a MASSERA, MERLONI, *L’eterno cantiere del Codice dei contratti*, in *Dir. Pubbl.* n. 2/2021.

le stazioni appaltanti devono rispettare per conseguire la qualificazione, a diversi livelli di complessità dei contratti, verificati dall'ANAC.

Un percorso debole in partenza, perché affidato ad un processo attuativo (un DPCM da adottare entro sei mesi<sup>51</sup>) solo normativo, non affiancato da politiche attive di promozione, con risorse finanziarie e di personale, della disponibilità di adeguate competenze tecniche. Tanto che non si è verificato alcun passo avanti: il previsto decreto non è mai stato emanato<sup>52</sup>, nessuna politica di rafforzamento strutturale delle stazioni appaltanti è stata realizzata, né a livello di complessità più basso, corrispondente grosso modo al livello comunale, che richiede comunque una dimensione amministrativa maggiore della gran parte degli attuali comuni, da raggiungere con adeguate forme associative, né al livello intermedio (Province e Città metropolitane), né a livello regionale (salva la creazione delle centrali di committenza utili per migliorare la gestione degli acquisti, meno per i lavori).

Si sono mantenute in vita stazioni appaltanti prive anche di una minima capacità tecnica, incapaci di interloquire autorevolmente con gli operatori privati (specie per i contatti più complessi), prive di capacità progettuali e di verifica, con la paradossale conseguenza della sempre maggiore esternalizzazione di queste attività (gli affidamenti a studi di ingegneria e architettura privati, il ritorno dell'appalto integrato) e di uno spreco di risorse pubbliche per finanziare attività che non si riesce a organizzare all'interno delle amministrazioni. Ancora oggi il destino delle stazioni appaltanti è rimesso alla via della riforma puramente normativa, dall'alto, con il processo di qualificazione da svolgersi sulla base della verifica dell'esistenza dei requisiti organizzativi, cioè al nuovo codice dei contratti<sup>53</sup>.

Solo stazioni appaltanti veramente qualificate sotto il profilo della disponibilità di tecnologie informatiche e della qualità tecnica dei propri funzionari potranno garantire non solo la corretta gestione dei contratti, ma, per quel che qui ci riguarda, la piena conoscenza del settore e la sua trasparenza.

---

<sup>51</sup> Vedi l'art. 37, comma 5, del Codice.

<sup>52</sup> Anche per l'attivo boicottaggio dell'ANCI, volto a garantire comunque la gestione del contratto anche a realtà con capacità amministrative quasi inesistenti come i piccoli comuni. Sulla vicenda si veda MASSERA, MERLONI, *L'eterno...*, op. cit. Si veda anche la norma del nuovo Codice del 2023 che fissa a 500.00 euro la soglia che permette alle S.A. anche piccolissime, di fare gare anche senza qualificazione, di cui si dirà più avanti.

<sup>53</sup> Si veda il criterio di delega della legge n. 78 del 2022, contenuto nel punto c) dell'art. 1, comma 1, che appare più consapevole del problema, ma resta il limite di fondo: difficilmente un Codice dei contratti potrà imporre *politiche attive* di trasformazione organizzativa delle stazioni appaltanti. Questo il testo della disposizione: «c) ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche; definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali».

Se e quando il nostro sistema amministrativo disporrà di una adeguata rete di stazioni appaltanti qualificate, resta il problema dello svolgimento delle funzioni di indirizzo e vigilanza.

Vi è, come si è visto, un serio problema di qualità delle norme tecniche che indirizzi il sistema nella direzione della digitalizzazione della gestione del contratto nelle sue diverse fasi e di formazione digitale dei documenti, questo compito non può che essere affidato allo Stato, in particolare all'ANAC, mentre l'AgID dovrebbe curare la parte relativa alla predisposizione delle piattaforme applicative da fornire, meglio se gratuitamente, alle amministrazioni. Spetta ai Governi, soprattutto a livello nazionale e regionale, provvedere alle necessarie politiche di accompagnamento operativo delle amministrazioni sulla via della effettiva qualificazione tecnica e informatica.

## 11. La trasparenza nel PNRR

Il PNRR e la sua attuazione possono essere un'occasione unica per affrontare con la necessaria organicità il tema della trasparenza amministrativa, specie nel settore dei contratti.

Poiché il PNRR è soprattutto una rilevantissima politica di investimento pubblico che comporta acquisiti di servizi e forniture (rilevanti quelli nel campo dell'informatica al servizio delle pubbliche amministrazioni) e una mole enorme di opere pubbliche, il richiamo alla trasparenza come strumento di contrasto ai rischi di corruzione è immediatamente presente, fin dalla prime fasi di impostazione del PNRR. Anche per il PNRR si riproduce il nesso tra trasparenza e prevenzione della corruzione da cui siamo partiti<sup>54</sup>. Il PNRR impone, tanto a livello nazionale che europeo, una forte vigilanza sulla sua attuazione e la trasparenza viene considerata uno dei gli strumenti più efficaci per conseguire questo risultato.

La gran parte delle innovazioni normative che abbiamo fin qui segnalato in materia di trasparenza è stata introdotta sotto il segno dell'attuazione del PNRR: dal dl. n. 77 del maggio 2021, che ha modificato in profondità l'art. 29 del Codice dei contratti sulla pubblicazione degli atti al DPCM n. 148 dell'agosto 2021 sulla gestione informatica dei contratti; dal dl. n. 139 dell'ottobre del 2021, che adotta una clausola generale per consentire il trattamento dei dati personali in presenza di un interesse pubblico alla delega operata dalla legge n. 78 del giugno 2022 per la riscrittura del Codice dei contratti, fino alla legge n. 118 dell'agosto 2022 che richiama la Piattaforma unica della trasparenza.

Vi è poi attenzione a fare trasparenza sul PNRR e sulla sua attuazione<sup>55</sup>. Anche il

---

<sup>54</sup> Ed è significativo che nella già citata *Decisione* sul PNRR italiano sia scritto che dall'attuazione di misure che hanno comunque un impatto sulla disciplina degli appalti pubblici «ci si aspetta che, una volta attuate, garantiscano un adeguato equilibrio tra i benefici della semplificazione e i controlli anticorruzione e antifrode» (p. 6).

<sup>55</sup> Si veda, ad esempio, il documento del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della

PNRR conferma il carattere anticipatore della disciplina dei contratti pubblici nell'affermare contenuti e strumenti di trasparenza come principio generale conformativo delle nostre amministrazioni pubbliche.

Quello che nel PNRR non troviamo è la risposta organizzativa.

Pur in presenza di affermazioni che segnalano una ben maggiore consapevolezza<sup>56</sup> del problema della capacità amministrativa, le risposte sono assolutamente deludenti. In primo luogo sul piano della trasparenza per obblighi di pubblicazione dove si ripetono stanche critiche agli oneri organizzativi che tali obblighi comportano, quando, come si è visto, il problema è quello della disponibilità di tecnologie informatiche utili per la piena digitalizzazione del processo, dalla formazione digitale dei documenti, al loro trasferimento automatico al sito «Amministrazione trasparente» dell'amministrazione, fino alla trasmissione, sempre automatica, dei documenti alle banche dati nazionali (nel nostro caso la più generale, ma non ancora esistente, Piattaforma unica della Trasparenza e la BDNCP).

In secondo luogo, sul piano dell'effettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti, mentre di fatto si rinvia anche solo l'avvio del processo all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti (nella metà del 2023), non si opera adeguatamente né sulla dotazione informatica delle stazioni appaltanti (piattaforme per la gestione dei contratti adeguate ai livelli di qualificazione e, soprattutto, impostate da soggetti pubblici e non dall'oligopolio di soggetti privati che domina questo mercato di fornitura di servizi), né, tantomeno, sulla dotazione di funzionari con le necessarie competenze professionali. Qui, di fronte alle dimensioni degli interventi del PNRR e alla possibilità di riforme “abilitanti” (cioè destinate ad accompagnare gli interventi per renderli più efficaci) non si è neanche tentato di “forzare” l'impostazione europea, nella direzione dell'uso delle risorse del PNRR per un reclutamento di personale non del tutto episodico<sup>57</sup>, ma inserito in un processo di progressiva stabilizzazione.

---

Ragioneria generale dello Stato (RGS) “*Istruzioni tecniche per la redazione dei sistemi di gestione e controllo delle amministrazioni centrali titolari di interventi del PNRR*” allegato alla Circolare n. 9 del 10 febbraio 2022, che ha previsto obblighi di trasparenza e iniziative sul piano della comunicazione e informazione, proprio al fine di garantire che l'ingente mole di risorse finanziarie stanziata sia immune a gestioni illecite, nel rispetto dei principi di sana gestione finanziaria, assenza di conflitti di interessi, frodi e corruzione. In questa direzione, in linea con quanto previsto dall'art. 34 del Regolamento (UE) 2021/241, si punta ad una adeguata visibilità ai risultati degli investimenti e al finanziamento dell'Unione europea per il sostegno offerto. I destinatari dei finanziamenti dell'Unione sono tenuti a rendere nota l'origine degli stessi e ad assicurarne la conoscibilità, diffondendo informazioni coerenti, efficaci e proporzionate «destinate a pubblici diversi, tra cui i media e il vasto pubblico».

<sup>56</sup> Sulla qualità del modello organizzativo adottato con le riforme degli anni '90 e sulla insufficienza del PNRR nell'invertire la rotta si veda MERLONI, *Il d.lgs. n. 165 del 2001 e l'organizzazione delle competenze professionali dei funzionari pubblici*, in *Dir. Amm.* n. 2/2022. Sul PNRR e il suo impatto organizzativo vedi anche D'ALESSIO, *La riforma della Pubblica Amministrazione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) italiano*, in *REALA*, n. 17, 2022.

<sup>57</sup> Nel Piano è prevista l'assunzione di 1.000 tecnici a tempo determinato, da porre al servizio dell'intero sistema amministrativo, nel quale vi sono 8.000 comuni.

## 12. La trasparenza nel Codice dei contratti del 2023

Il 16 dicembre 2022, il Governo ha approvato<sup>58</sup>, in esame preliminare, il testo del decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici (che chiameremo d'ora in poi "Codice del 2023").

Il testo finora conosciuto (destinato a rimanere in gran parte inalterato in sede di approvazione definitiva) introduce una rilevante semplificazione della disciplina della trasparenza nei contratti pubblici, con qualche incertezza.

Delle diverse semplificazioni prima auspiccate si realizza sicuramente quella *normativa* perché si concentra nel nuovo Codice (all'art. 28) la disciplina della trasparenza per obblighi di pubblicazione<sup>59</sup>, mentre la disciplina della trasparenza consentita dagli accessi (con l'esplicito richiamo tanto alla normativa sull'accesso procedimentale quanto dell'accesso generalizzato) è contenuta in altro articolo (il 35) richiamato dalla prima disposizione.

Nel merito vi è una semplificazione per riduzione: la trasparenza si realizza relativamente alle *«informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici»* (comma1). Se finalmente l'oggetto della trasparenza quanto all'ampiezza è definito, sembra esplicita l'eliminazione degli *atti*, confermata dalla ulteriore previsione del comma 3: *«Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti»*.

Quindi, almeno per ora, nessuna pubblicazione degli atti<sup>60</sup> che avrebbe potuto lasciare al cittadino la possibilità di estrapolare da essi i dati e le informazioni di proprio interesse, ma una totale predeterminazione dei dati e delle informazioni rilevanti. Viene confermato e valorizzato il ruolo centrale della BDNCP e dell'ANAC, cui è affidato il compito di stabilire i dati rilevanti che le stazioni appaltanti dovranno trasmettere alla banca dati<sup>61</sup>, anche se il legislatore stabilisce il contenuto minimo dei dati da trasmettere alla BDNCP e da pubblicare<sup>62</sup>. Il destino della trasparenza resta

---

<sup>58</sup> Il testo del decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, è stato elaborato dal Consiglio di Stato. Il nuovo Codice è destinato ad entrare in vigore il 1° aprile 2023 e ad acquistare efficacia il 1° luglio 2023.

<sup>59</sup> L'art. 227, comma 3, lettera d) abroga infatti l'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, mentre l'art. 225, comma 6, riscrive totalmente l'art. 37 del d.lgs. n. 33 mantenendo il ruolo di mero rinvio della disposizione alla disciplina dell'art. 28 del Codice del 2023. Da segnalare che il nuovo testo mantiene un riferimento agli atti («le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano i dati, gli atti e le informazioni secondo quanto previsto dall'articolo 28 del codice dei contratti pubblici»).

<sup>60</sup> Viene risparmiato (rinviato?) il problema della formazione digitale degli atti, forse perché si ritiene che le amministrazioni non siano in grado di provvedervi o perché non si punta sul ruolo di coordinamento tecnico dell'ANAC a questo fine, mentre si valorizza molto la BDNCP, ma nella strutturazione attuale.

<sup>61</sup> Si veda l'art. 23, comma 5: «5. Con proprio provvedimento l'ANAC individua le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme telematiche di cui all'articolo 25».

<sup>62</sup> Si veda l'art. 28, comma 3, ultimo periodo: «In particolare, sono pubblicati la struttura proponente,

quindi affidato alla qualità dell'attività di estrapolazione dei dati che il RUP effettua al fine della loro trasmissione. Obiettivamente si tratta di un passo indietro, forse dettato da esigenze di "realismo": fare trasparenza con gli strumenti a disposizione, rinviando al futuro le ipotesi di digitalizzazione nella formazione del documento, così da consentire la conoscenza del provvedimento.

Mentre la trasparenza per pubblicazione concerne dati e informazioni estrapolati dagli atti, la trasparenza per accessi non può che riguardare gli atti. Sul punto si segnala la non chiarezza della disposizione dell'art. 35, che è la norma chiave in materia di accesso. Da un lato lo stesso mantenimento di un articolo distinto, secondo lo schema del precedente art. 53 del Codice del 2016<sup>63</sup>, fa propendere per una netta distinzione di regime. D'altro lato, però, la formulazione della norma lascia dei dubbi. Nel comma 1 si dice che gli accessi, documentale e generalizzato, sono ammessi relativamente «agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme». Si potrebbe leggere nella norma il tentativo di soddisfare il diritto di accesso con il solo accesso digitale ai dati e alle informazioni inseriti nelle piattaforme, quindi già estrapolati, ma un simile interpretazione sembra da escludersi; intanto perché gli accessi consentono, per definizione, una conoscenza di dati non già pubblicati (altrimenti la pubblicazione assorbe l'accesso) e poi perché sembra arduo sostenere che sia precluso all'interessato (per l'accesso documentale) o al cittadino (per l'accesso generalizzato) richiedere la conoscenza dell'atto in quanto tale, indipendentemente dalle estrapolazioni dei dati già effettuate per l'alimentazione della BDNCP.

Vi è, poi, una sicura *semplificazione delle banche dati*, con un notevole rafforzamento della BDNCP (art. 23), nonché del meccanismo di alimentazione della banca dati che le amministrazioni potranno fare attraverso non più gli osservatori regionali ma le piattaforme di approvvigionamento digitale<sup>64</sup>.

Molto più incerta e contraddittoria, nel Codice del 2023, la *semplificazione organizzativa*. Il Codice del 2023 conferma e rilancia uno dei pilastri del Codice del

l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l'importo delle somme liquidate».

<sup>63</sup> Lo scopo della disposizione è identico a quello del precedente art. 53: l'ammissione dell'accesso, ma con la previsione di situazioni che impongono il differimento o l'esclusione dell'accesso a determinati dati e informazioni. La nuova norma contiene, come era auspicabile, l'esplicito riferimento tanto alla disciplina dell'accesso documentale (la legge n. 241 del 1990) che dell'accesso generalizzato (gli articoli 5 e 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013).

<sup>64</sup> Tali piattaforme sono disciplinate dall'art. 25, che prevede a regime che ogni stazione appaltante utilizzi piattaforme messe a sua disposizione, con le quali, oltre a gestire digitalmente il contratto, provvederà alla trasmissione dei dati alla BDNCP. Ciò si ricava anche dalla previsione del comma 3 dell'art. 25: «3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non dotati di una propria piattaforma di approvvigionamento digitale si avvalgono delle piattaforme messe a disposizione da altre stazioni appaltanti o enti concedenti, da centrali di committenza o da soggetti aggregatori, da regioni o province autonome che a loro volta possono ricorrere a un gestore del sistema che garantisce il funzionamento e la sicurezza della piattaforma».

2016, la riqualificazione del sistema delle stazioni appaltanti, ma non riesce ad imporre al processo la necessaria velocità. In alcuni casi, poi, arriva ad introdurre disposizioni che sembrano andare in senso contrario.

Sotto il primo profilo si semplifica il processo di qualificazione: la norma primaria (l'art. 63 del Codice) fissa i caratteri generali del sistema (livelli di qualificazione, tipologia di requisiti), ampliando direttamente l'ambito dei soggetti qualificati di diritto<sup>65</sup>; la normazione secondaria, l'allegato II.4 del Codice<sup>66</sup>, precisa i requisiti per la qualificazione; l'ANAC, attributaria dei compiti di accertamento del possesso dei requisiti e di tenuta dell'Albo delle stazioni appaltanti qualificate, regola con propri atti le modalità attuative della qualificazione. Un'accelerazione significativa del processo di qualificazione, con il mantenimento della nota politica dei due tempi. Il Codice non si occupa, né poteva farlo, delle politiche attive di supporto alle amministrazioni, ma non si ha notizia che il legislatore le stia approntando.

Veniamo ora alle disposizioni contraddittorie. La prima (art. 62, comma 1) fissa a 500.000 euro la soglia al di sotto della quale l'amministrazione può svolgere una gara per l'affidamento di lavori anche senza qualificazione; una soglia molto più elevata di quella stabilita per gli affidamenti diretti, che non solo riduce significativamente gli incentivi per le S.A. di minori dimensioni a costituire centrali di committenza o ad avvalersi di S.A già qualificate, inducendole, semmai, a interventi di rafforzamento delle proprie strutture per la gestione di queste gare.

La seconda norma contraddittoria è l'art. 222, comma 9, del Codice del 2023<sup>67</sup>, che conferma all'ANAC un potere sanzionatorio già previsto nel Codice del 2016, dal peso non irrilevante (una pena pecuniaria da 500 a 10.000 euro), questa volta a carico del RUP che ometta o non invii tempestivamente i dati e le informazioni sui contratti dell'amministrazione alla BDNCP. Evidentemente il legislatore non confida molto sulla rapida creazione di ambienti organizzativi, le nuove S.A. qualificate, capaci di gestire il contratto dal punto di vista informatico e tecnico, nel nostro caso la formazione digitale dei documenti e l'estrapolazione tendenzialmente automatica da essi dei dati rilevanti. Poiché l'estrapolazione dei dati, affidata al RUP, continua a dipendere da comportamenti soggettivi, si ritiene utile concentrare su questo

---

<sup>65</sup> Vi provvede il comma 4 dell'art. 63. Oltre a quelle già individuate dal Codice del 2016 si prevede che: «In sede di prima applicazione le centrali di committenza delle Province e delle Città metropolitane sono iscritte con riserva nell'elenco delle centrali di committenza qualificate. Eventuali ulteriori iscrizioni di diritto potranno essere disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita l'ANAC, previa intesa in sede di Conferenza unificata».

<sup>66</sup> La tecnica degli allegati di cui si afferma la natura regolamentare, consente di provvedere direttamente ad una prima regolazione secondaria, salva la possibilità di futuri aggiornamenti più agevoli, perché non richiedono modifiche di norme primarie.

<sup>67</sup> Dell'art. 222, comma 9, si riporta solo la parte iniziale: «9. Al fine di consentire l'adempimento degli obblighi di trasmissione previsti dagli articoli 23, comma 5, e 28, comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente invia senza indugio i dati, secondo le indicazioni fornite dall'ANAC con proprio provvedimento. L'inadempimento dell'obbligo è sanzionato dall'ANAC con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 10.000 euro, a carico del RUP, con l'applicazione della stessa in misura minima in caso di trasmissione della documentazione mancante entro 10 giorni dalla contestazione».

funzionario i tradizionali strumenti di responsabilità individuale. Una norma che si inquadra in un più generale rafforzamento del potere sanzionatorio dell'ANAC che desta più di una perplessità<sup>68</sup>.

Una normativa sì unificata, ma molto più “prudente” e “conservativa” di quanto ci si poteva attendere.

---

<sup>68</sup> Sulla riscoperta del ruolo sanzionatorio dell'ANAC, con la conferma dei poteri esistenti e la previsione di un potere sanzionatorio generale, “per violazione del Codice” dei contratti (art. 222, comma 3, lettera a)), per gli effetti sul ruolo complessivo dell'Autorità, si veda MERLONI, *L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge...*, op. cit.