



ANAC
Autorità Nazionale Anticorruzione
Working Paper, 7

7



STEFANO MARIA SISTO

L'IMPORTANZA DELLA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA NELLA PREVENZIONE E NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

S.M. SISTO
L'importanza della trasparenza amministrativa
nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione



Edizioni Scientifiche Italiane

**L'IMPORTANZA DELLA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA
NELLA PREVENZIONE E NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE**

Stefano Maria Sisto

SOMMARIO: 1. La trasparenza amministrativa da diritto di pochi a diritto di tutti. - 1.1 La Pubblica Amministrazione come “casa di vetro”: evoluzione del concetto di trasparenza amministrativa. - 1.2 Dall’accesso agli atti previsto dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 all’accesso civico generalizzato. - 1.3 Bilanciamento tra diritto alla conoscenza e diritto alla riservatezza. - 2. Un efficace strumento di prevenzione della “maladministration”. - 2.1 La funzione della trasparenza nella l. 6 novembre 2012, n. 190 e nei Piani nazionali e triennali di prevenzione della corruzione.- 2.2 Il ruolo dell’ANAC. - 2.3 Il ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. - 3. Corruzione e trasparenza negli appalti pubblici. - 3.1 I rischi di corruzione negli appalti pubblici. - 3.2 L’importanza della trasparenza amministrativa nelle procedure ad evidenza pubblica. - 3.3 La disciplina dell’accesso civico generalizzato nella materia degli appalti pubblici: l’Adunanza Plenaria n. 10 del 2 aprile 2020.

1 - LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA DA DIRITTO DI POCHI A DIRITTO DI TUTTI

1.1 La Pubblica Amministrazione come «casa di vetro»: evoluzione del concetto di trasparenza amministrativa - Originariamente la trasparenza amministrativa veniva percepita e di conseguenza trattata dagli operatori del diritto come un ostacolo all'operato della Pubblica Amministrazione sicché si riteneva che mancata partecipazione e conoscenza da parte del cittadino poteva comportare esclusivamente un "risparmio" di tempo in quanto i dipendenti pubblici potevano lavorare senza influenze e intromissioni esterne e mirare esclusivamente al raggiungimento dell'interesse pubblico¹.

Infatti, è lo stesso Consiglio di Stato a ricordare come alla trasparenza amministrativa sia legato il problema di «coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa»².

Successivamente diversi studiosi del diritto hanno invece iniziato ad intendere la Pubblica Amministrazione come una «casa di vetro», nozione oramai ampiamente usata e "abusata"³.

Così sono iniziate le prime importanti novità a livello normativo. Infatti, questa concezione è cambiata radicalmente con la l. n. 241 del 1990 che ha dato rilevanza alla partecipazione procedimentale dei cittadini con un'inversione di rotta importante. La trasparenza amministrativa, in realtà, ha avuto maggiore rilevanza con le modifiche ed integrazioni apportate dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 che al comma 1 dell'art. 1 ha espressamente previsto la parola «trasparenza». La l. n. 241 del 1990 ha introdotto diversi istituti (esplicativi del principio generale della trasparenza)⁴ con i quali la Pubblica Amministrazione è stata obbligata a coinvolgere il cittadino: si pensi, per esempio, alla comunicazione di avvio del procedimento, alla possibilità di presentare memorie e documenti *ex art.* 8 e 9, al preavviso di rigetto. Tra tali istituti vi è anche uno

¹ Redazione, *La pubblica amministrazione come «Casa di Vetro»: segreto e trasparenza tra eccezione e regola*, in *Giuricivile.it*, 2019, n. 9.

² Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 24.02.2016, n. 515, p. 34, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³ F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano, Camera dei Deputati*, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

⁴ P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano 2020, p. 275.

specificatamente previsto dall'art. 22 della l. n. 241 del 1990 in materia di accesso agli atti.

Si è così intravisto un primo spiraglio di luce in merito alla possibilità per il cittadino di accedere ad atti detenuti dalla Pubblica Amministrazione. Per esercitare tale diritto-interesse, però, è necessario che vi sia un interesse qualificato, ovvero diretto, concreto e attuale: ciò significa che possono presentare istanza solo coloro i quali hanno un interesse strettamente legato alla documentazione richiesta.

In realtà quanto disposto dalla l. n. 241 del 1990, pur rappresentando un importante passo in avanti in tema di accesso agli atti e di partecipazione del cittadino all'attività della Pubblica Amministrazione, è ancora lontano dal concetto di trasparenza amministrativa intesa come strumento e possibilità per il cittadino di partecipare all'attività della pA ed esercitare la funzione di controllo sul suo operato.

Si dovrà infatti attendere il 2012 per avere le prime importanti novità in tal senso. Invero, la l. n. 190 del 2012 c.d. Legge Severino ha avviato il concetto di trasparenza come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione⁵.

È necessario però ricordare come a livello europeo, il comma 1 dell'art. 15 del TFUE già prevedeva espressamente che «al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione alla società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile» e il comma 3 che «ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti»; così come l'art. 10 della CEDU che dispone che «ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche».

Su tale linea sono stati introdotti gli istituti di cui all'art. 5, comma 1 d.lgs. n. 33/2013 ovvero l'accesso civico semplice e il d.lgs. n. 97/2016 che, oltre ad aver apportato importanti e significative modifiche alla normativa appena menzionata, ha introdotto l'istituto dell'accesso civico generalizzato di origine statunitense (*Freedom of Information Act*).

Tale ultima riforma è stata fondamentale in quanto «interessa – profondamente – l'apparato pubblico “nel suo complesso”, ma anche perché guarda all'esterno di tale

⁵ B. G. MATTARELLA, *La Prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 127-128.

apparato e mira a incidere sul rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione, in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo»⁶.

È così che il concetto di *accountability* ha trovato applicazione anche nel campo della Pubblica Amministrazione stando ad indicare la conoscenza dei documenti amministrativi come strumento teso a «realizzare un rapporto diretto tra cittadini e governanti, di fiducia e di responsabilizzazione»⁷.

È in questo modo che «il diritto di conoscere per partecipare» finisce per avere come primo obiettivo quello di «conoscere le scelte operate dalle amministrazioni, di consentire la formazione di un'opinione pubblica che serva da pungolo per migliorare le decisioni pubbliche e per esercitare un controllo sull'attività amministrativa che alimenti il dibattito pubblico» sì da costituire un «effetto deterrente per la “cattiva” amministrazione e rendere la trasparenza amministrativa una misura di prevenzione della corruzione grazie a quel “riflettore” puntato sulla stessa»⁸.

La trasparenza amministrativa, pur non trovando esplicita collocazione all'interno della nostra Carta Costituzionale, in realtà è a tutta evidenza espressione dei principi in essa trattati ovvero quelli di imparzialità, eguaglianza e democraticità⁹.

Un puntuale riscontro di quanto appena affermato lo si rinviene nel parere del Consiglio di Stato reso sul d.lgs. n. 97/2016 in cui la Sezione Consultiva per gli Atti Normativi evidenzia che la modifica apportata all'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 è finalizzata a «specificare la nozione di principio generale di trasparenza, la quale deve essere intesa come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, finalizzata non soltanto a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma anche a garantire una maggiore tutela dei diritti fondamentali»¹⁰. E ancora: «la

⁶ Cons. Stato, parere n. 515/2016 cit., p. 23, in www.giustizia-amministrativa.it e A. CANDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione. Un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 601.

⁷ A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli 2019, p. XXVI.

⁸ A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., p. XXVII.

⁹ d.lgs. n. 33/2013.

¹⁰ Cons. Stato, parere n. 515/2016 cit., p. 4.

trasparenza può diventare, così, “un punto di confluenza” dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell’azione amministrativa (dal buon andamento all’imparzialità, al rispetto del c.d. “principio di legalità sostanziale”, al metodo di partecipazione democratica), dal quale derivano istituti giuridici, di tipo trasversale, che possono essere considerati come volti a realizzare la trasparenza (...). La trasparenza si pone, allora, 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’articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri¹¹.

Secondo Norberto Bobbio, infatti, la democrazia in sé deve necessariamente presupporre un «regime del potere visibile»¹².

1.2 Dall’accesso agli atti previsto dalla legge n. 241 del 1990 all’accesso civico generalizzato

Delineato il principale quadro normativo di riferimento, è necessario delineare le differenze principali tra l’accesso agli atti ai sensi dell’art. 22 della l. n. 241 del 1990, l’accesso civico semplice e l’accesso civico generalizzato.

Queste tre tipologie di accesso sono approntate «dall’ordinamento per assicurare e garantire il “diritto a conoscere”»¹³.

La prima forma di accesso ad avere rilevanza nel nostro ordinamento giuridico è stata quella disciplinata dall’art. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990. Secondo quanto disposto dal comma 1, lett. a) di tale articolo, l’accesso consiste «nel diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi».

Per interessati, secondo quanto disposto dalla lett. b), si devono intendere «tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso». Emerge chiaramente, dunque, che a poter esercitare tale diritto possono essere i soggetti privati portatori di

¹¹ Cons. Stato, parere n. 515/2016 cit., p. 34, 35 e 39. In tal senso S. PIRAINO, *La trasparenza dell’azione amministrativa: diafanità di un concetto*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 263.

¹² N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, p. 76.

¹³ A. CORRADO, *op. cit.*, p. XXV.

interessi personali, pubblici o diffusi. Quanto a quest'ultimo aspetto, la possibilità di avere un interesse diffuso in capo a soggetti come le associazioni non deve essere in alcun modo confusa con un'azione di controllo generalizzato sull'Amministrazione¹⁴.

Al tempo stesso tale interesse deve essere «diretto» (personale, ovvero relativo alla sfera privata dell'interessato), «concreto» (strettamente collegato con il bene della vita) e «attuale» (fattore temporale).

Infine, vi deve essere una situazione «giuridicamente tutelata e collegata» al documento richiesto e cioè è necessario l'accesso al documento al fine di tutelare una posizione differenziata e al tempo stesso non tutelabile in assenza di quello specifico documento¹⁵.

L'art. 5, comma 1 d.lgs. n. 33/2013 ha introdotto, invece, l'accesso civico semplice ovvero il diritto di poter accedere agli atti e ai documenti che la Pubblica Amministrazione è tenuta a pubblicare. Effettuando a monte il legislatore il bilanciamento tra interesse alla trasparenza-pubblicità e interesse alla segretezza non vi è l'obbligo per l'Amministrazione di darne notizia ai controinteressati.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato che con il d.lgs. n. 97/2016, l'Amministrazione ha inteso «rafforzare la trasparenza amministrativa. A questo fine, da un lato, il provvedimento normativo si propone di favorire forme diffuse di controllo da parte dei cittadini, anche adeguandosi a standard internazionali, dall'altro, introduce misure che consentono più efficaci azioni di contrasto alle condotte illecite ed ai fenomeni corruttivi nelle Pubbliche Amministrazioni»¹⁶.

Su tali basi è stato introdotto l'accesso civico generalizzato la cui finalità è quella di poter accedere ai documenti che la Pubblica Amministrazione non ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale, indipendentemente da una posizione qualificata richiesta, invece, dalla l. n. 241 del 1990 ovvero la sussistenza di un interesse qualificato e dalla motivazione, pur tuttavia sussistendo dei limiti tassativamente previsti dalla legge. Tale tipologia di accesso, infine, si riferisce a tutti quei documenti che l'Amministrazione non ha l'obbligo di pubblicare sul proprio sito istituzionale.

Con tale tipologia di accesso, invece, vi è l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di darne notizia al controinteressato non essendo effettuato alcun bilanciamento a priori

¹⁴ F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di Diritto Amministrativo*, Roma 2020, p. 801.

¹⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 24.04.2012, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ Cons. Stato, parere n. 515/2016 cit., p. 2.

dal legislatore e dovendo quindi la stessa compiere una valutazione sulla prevalenza dell'interesse alla pubblicità o dell'interesse alla riservatezza¹⁷.

Per l'accesso civico semplice e quello generalizzato non vi è alcuna necessità di essere titolari di una posizione qualificata e differenziata né si deve fornire alcuna motivazione. Con tale ultima e più ampia tipologia di accesso si è passati da una trasparenza proattiva, ovvero legata alla pubblicazione dei documenti sui siti istituzionali, ad una trasparenza di tipo reattivo ossia in risposta all'istanza dell'interessato con un cambio di prospettiva dal «bisogno di conoscere al diritto di conoscere»¹⁸.

Le limitazioni a tale tipologia di accesso sono espressamente previste dall'art. 5 *bis* del d.lgs. n. 33/2013 e si riferiscono alla tutela di interessi pubblici concernenti la sicurezza pubblica, la sicurezza nazionale, la protezione dei dati personali e la libertà e segretezza della corrispondenza. Il diniego dovrà comunque essere espresso oltre che motivato.

Si tratta, in sostanza, di due istituti, questi ultimi, che seppur evidentemente riconducibili ai concetti di trasparenza e pubblicità finiscono per basarsi su presupposti e forme di attuazione eterogenee¹⁹.

1.3 Bilanciamento tra diritto alla conoscenza e diritto alla riservatezza - La trasparenza amministrativa e quindi il diritto alla conoscenza, tuttavia, trovano dei limiti nel diritto alla riservatezza di cui ogni cittadino è titolare sicché ne deriva un delicato compito di bilanciamento tra diritti-interessi contrapposti. Apparentemente tali principi sembrano procedere in direzioni diverse e non conciliabili, *tertium non datur*²⁰.

Tale bilanciamento è dato dal fatto che non vi è alcuna prevalenza automatica dell'uno rispetto all'altro. L'ostacolo principale è costituito dal trattamento dei dati personali e, in particolare, quelli sensibili. Tale tipologia di dati, infatti, è sottoposta ad una maggiore tutela da parte dell'ordinamento, riguardando ad esempio le convinzioni religiose, lo stato di salute o la vita sessuale.

Se in precedenza è stato citato l'art. 15 del TFUE come fondamento di derivazione comunitaria in merito alla trasparenza amministrativa, in tal caso si deve fare riferimento

¹⁷ Corte cost., 23.01.2019, n. 20, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁸ Cons. Stato, parere n. 515/2016 cit., p. 43.

¹⁹ A. BONOMO, *Obblighi di pubblicazione e accesso civico*, in D. MASTRANGELO (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Canterano 2019, p. 47.

²⁰ A. CORRADO, *op. cit.*, p. 218.

all'art. 16 del TFUE che al contrario dispone: «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano».

Un passo importante dal punto di vista normativo è stato compiuto con l'introduzione del GDPR 679/2016 il quale ha consolidato principi a livello europeo in materia di trattamento dei dati personali con il risultato meritorio di aver unificato la normativa di settore a livello europeo.

In particolare, il Considerando n. 4 del GDPR dispone che «il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con gli altri diritti fondamentali in ossequio al principio di proporzionalità».

Il Garante per la protezione dei dati personali, al fine di garantire il predetto bilanciamento ha predisposto delle apposite Linee guida²¹ riferite in particolar modo alle criticità sussistenti nell'adempimento degli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali di atti e documenti, riferite anche agli albi pretori online degli enti locali per poi giungere ad un'intesa sullo schema delle Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico²².

Il Garante, sempre nelle predette Linee guida, ha specificato, altresì, l'obbligo di indicizzazione per i contenuti pubblicati tramite i motori di ricerca, specificando che lo stesso sussiste per i soli dati tassativamente indicati dalla normativa in materia di trasparenza con esclusione, ad esempio, di quelli sensibili e giudiziari.

La pubblicazione dei dati personali, a tal proposito, sarà consentita solo nei casi in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge o da un regolamento e comunque, in linea generale, è previsto il termine massimo generale di 5 anni in cui i documenti pubblicati devono permanere sui siti istituzionali, prima che la pA debba/possa rimuoverli, sussistendo tuttavia delle eccezioni.

Ai fini della pubblicazione sussisterà l'obbligo, in capo all'Amministrazione, prima di procedere alla pubblicazione di verificare la sussistenza di un obbligo normativo ed esentare dalla stessa i dati personali in essi contenuti dando applicazione al c.d. principio di minimizzazione, ovvero pubblicare solo quelli effettivamente necessari e comunque proporzionati alle finalità concretamente perseguite.

²¹ Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 15 maggio 2014.

²² Doc. Garante per la protezione dei dati personali prot. web n. 5860807, 15.12.2016.

Tali problematiche sono di estrema attualità e importanza tant'è che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 20/2019 si è dovuta pronunciare sulla legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, lett. c) e f) d.lgs. n. 33/2013 relativa alla pubblicazione dei compensi e quindi di dati patrimoniali derivanti da cariche o incarichi ricoperti da dirigenti pubblici.

Limitatamente alla lett. f) la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 14, comma 1 *bis* nella parte in cui prevedeva l'obbligo di pubblicazione per tutti i titolari di incarichi dirigenziali di cui all'art. 19, comma 3 e 4 del d.lgs. n. 165/2001. Infatti, la stessa Corte, proprio sulla base del predetto bilanciamento tra riservatezza e trasparenza, ha ritenuto che tale lettera non rispetti il principio di proporzionalità in quanto la pubblicazione di tali dati con riferimento alla suddetta tipologia di dirigenti non ha rilevanti finalità di prevenzione della corruzione sì da giustificare un tale livello di pubblicità.

A seguito di questa sentenza, in realtà, l'ANAC²³ è nuovamente ritornata sul tema ritenendo che la pronuncia della Corte Costituzionale «nel ripercorrere la disciplina rilevante sulla trasparenza dei dati dei dirigenti come modificata dal d.lgs. n. 97/2016, afferma che “la totalità della dirigenza amministrativa” è stata ora attratta nell'ambito dei doveri di trasparenza prima previsti per i titolari di incarichi politici» e che quindi «una applicazione rinviata all'intervento legislativo per dirigenti di alcune amministrazioni sarebbe contraria al principio di uguaglianza (situazioni uguali trattate temporaneamente in modo diverso) e alla stessa finalità espressa dalla Corte per giustificare il proprio intervento manipolativo, vale a dire quella di assicurare “la salvaguardia - almeno provvisoria - di un nucleo minimo di tutela del diritto alla trasparenza amministrativa in relazione ai dati personali indicati dalla disposizione censurata, [...]” (...). In relazione a quanto sopra, pertanto, ad avviso dell'Autorità, i dirigenti cui si applica la trasparenza dei dati reddituali e patrimoniali di cui all'art. 14 co. 1 lett. f) sono i titolari di incarichi dirigenziali a capo di uffici che al loro interno sono articolati in uffici di livello dirigenziale, generale e non generale. Le amministrazioni a cui si applica la disposizione sono quelle di cui all'art. 1, co. 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, ivi comprese le autorità portuali, le Autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione nonché gli ordini professionali, sia nazionali che territoriali, come

²³ ANAC, Delibera n. 586, 26.06.2019, pp. 11 e 12.

previsto dalla delibera dell’Autorità 241/2017 (par. 1 – “Amministrazioni ed enti destinatari delle Linee guida”)).

2 - LA TRASPARENZA COME EFFICACE STRUMENTO DI PREVENZIONE DELLA MALADMINISTRATION

2.1 La funzione della trasparenza nella l. n. 190 del 2012 e nei Piani nazionali e triennali di prevenzione della corruzione - Come brevemente accennato nel precedente capitolo, alla trasparenza amministrativa, nella sua evoluzione storica, è stata attribuita anche la funzione di strumento di prevenzione della corruzione attraverso il quale consentire al cittadino di controllare l’operato della Pubblica Amministrazione.

In tale prospettiva il legislatore ha disposto appositi strumenti e individuato specifiche figure al fine di raggiungere tale obiettivo istituzionale e rendere trasparenti i processi decisionali e le spese sostenute dalla Pubblica Amministrazione.

Un passo importante in tale direzione del sistema normativo è stato compiuto con la l. n. 190 del 2012 e con i d.lgs. n. 33/2013 e d.lgs. n. 97/2016.

La trasparenza amministrativa, in tale prospettiva intesa come mezzo per prevenire la *maladministration*, è in grado da un lato di persuadere coloro che lavorano e operano in nome e per conto dello Stato ad agire secondo etica e legalità, dall’altro di operare in conformità alle c.d. *best practice* di provenienza normativa, ma soprattutto indicate nei Piani nazionali e triennali anticorruzione²⁴.

Indubbiamente la partecipazione del cittadino alla vita della pubblica amministrazione e la possibilità di esercitare un controllo diffuso sul suo operato costituiscono un importante passo in avanti nell’ottica della prevenzione della corruzione. È così che l’accessibilità ai dati che la pubblica amministrazione è tenuta a pubblicare e/o far visionare non solo deve essere formale, ma anche sostanziale-totale ovvero deve consentire al *quisque de populo* di comprendere la portata e il contenuto del documento al quale ha avuto accesso garantendo la possibilità di verificare che effettivamente le istituzioni agiscano secondo i principi di buon andamento e imparzialità sanciti, *in primis*, dall’art. 97 cost..

²⁴ S. TOSCHEI, *La prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e negli enti di diritto privato in controllo e in partecipazione pubblica*, in *Legislazione Anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione* (a cura di F. CERIONI e V. SARCONI), Milano 2019, p. 128.

A livello normativo, il primo riferimento alla trasparenza amministrativa si è avuto con l'art. 1 della l. n. 241 del 1990 il quale sancisce che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di (...) pubblicità e di trasparenza (...)». Come noto, però, tale legge disciplina espressamente il procedimento e provvedimento amministrativo e quindi, seppur l'art. 1 richiami i principi costituzionali, tale nozione di trasparenza in realtà è ad essi strettamente limitata.

Il concetto di trasparenza amministrativa come strumento di prevenzione della corruzione, invece, trova esplicito riconoscimento nell'art. 1, comma 30 della l. 190 del 2012 il quale dispone che «le amministrazioni, nel rispetto della disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui al capo V della l. n. 241 del 1990 e successive modificazioni, in materia di procedimento amministrativo, hanno l'obbligo di rendere accessibili in ogni momento agli interessati (...) le informazioni relative ai provvedimenti e ai procedimenti amministrativi che li riguardano, ivi comprese quelle relative allo stato della procedura, ai relativi tempi e allo specifico ufficio competente in ogni singola fase». È attraverso tale previsione normativa che si afferma una posizione paritaria nel rapporto cittadino-istituzioni sì da riconoscere in capo ai primi non più un ruolo passivo bensì attivo²⁵.

Quanto poi alle tipologie di accesso civico semplice e generalizzato introdotte con i d.lgs. nn. 33/2013 e 97/2016, vi è la possibilità per quello semplice di disporre nei piani triennali ulteriori documenti che devono essere oggetto di pubblicazione rispetto a quelli già individuati dalle disposizioni di legge.

In particolare, per il primo, in caso di mancata pubblicazione nella sezione «Amministrazione trasparente» vi sarà la possibilità per il cittadino di chiedere che ciò avvenga e di poter rivolgersi oltre che all'Ente inadempiente al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. In tal caso, il cittadino svolge il ruolo di controllore sul rispetto di tali obblighi da parte delle pubbliche Amministrazioni.

Per quanto riguarda, invece, l'accesso civico generalizzato l'ANAC, con delibera n. 1309/2016²⁶, ha previsto delle eccezioni assolute all'accesso generalizzato e delle

²⁵ S. TOSCHEI, *La prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e negli enti di diritto privato in controllo e in partecipazione pubblica*, cit., p. 134.

²⁶ ANAC, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.Lgs. 33/2013*, 28.12.2016.

eccezioni relative anche dette qualificate a tutela di interessi pubblici e privati che potrebbero subire un pregiudizio qualora sottoposte ad un accesso indiscriminato²⁷. Mentre per quelle assolute è il legislatore che a monte prevede espressamente le ipotesi in cui con certezza non è consentito l'accesso o lo è con particolari condizioni e limiti (es. segreto di Stato)²⁸, per quelle relative, invece, è consentito alle Amministrazioni di esercitare la propria discrezionalità al fine di valutare, mediante bilanciamento, se debba prevalere l'interesse alla riservatezza o all'ostensione.

Il Piano Nazionale Anticorruzione è atto di indirizzo per l'applicazione della normativa in ambito di prevenzione della corruzione e trasparenza e individua i principali rischi di corruzione, i rimedi da attuare oltre alla previsione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto²⁹.

L'ANAC ha espressamente affermato che «l'obiettivo è quello di rendere disponibile nel PNA uno strumento di lavoro utile per chi, a diversi livelli di amministrazione, è chiamato a sviluppare ed attuare le misure di prevenzione della corruzione. Le ragioni di fondo che hanno guidato la scelta (...) sono, oltre a quella di semplificare il quadro regolatorio al fine di agevolare il lavoro delle amministrazioni e il coordinamento dell'Autorità, quelle di contribuire ad innalzare il livello di responsabilizzazione delle pubbliche amministrazioni a garanzia dell'imparzialità dei processi decisionali»³⁰.

Il primo Piano Nazionale Anticorruzione redatto dall'allora CIVIT n. 72/2013 specificò che la trasparenza non doveva essere considerata come l'obiettivo finale, bensì lo strumento attraverso il quale l'amministrazione deve operare in modo eticamente corretto sì da rapportarsi con il cittadino mirando esclusivamente al raggiungimento degli obiettivi indicati all'art. 1, comma 1 della l. n. 241 del 1990.

Nel Piano Nazionale Anticorruzione del 2016 (il primo ad essere stato predisposto dall'ANAC a seguito del d.lg. n. 90/2014 che ha trasferito interamente all'Autorità le competenze in materia di prevenzione della corruzione e di promozione della trasparenza), l'ANAC ha ribadito che «la trasparenza è una misura di estremo rilievo e fondamentale per la prevenzione della corruzione. Essa è posta al centro di molte

²⁷ d.lgs. n. 97/2016, art. 5 *bis*, commi 1, 2 e 3.

²⁸ S. M. SISTO, *Il segreto di Stato e la riservatezza nell'interesse pubblico*, in D. MASTRANGELO (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 156.

²⁹ ANAC, *Delibera n. 1064 del 13 novembre 2019, Piano Nazionale Anticorruzione 2019*, p. 7.

³⁰ ANAC, *ivi*, p. 10.

indicazioni internazionali in quanto strumentale alla promozione dell'integrità, allo sviluppo della cultura della legalità in ogni ambito dell'attività pubblica»³¹.

Tale concetto è stato ribadito anche nel PNA 2019 lì dove si afferma che «il legislatore ha attribuito un ruolo di primo piano alla trasparenza affermando, tra l'altro, che essa concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è anche da considerare come condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integrando il diritto alla buona amministrazione e concorrendo alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino. Oggi, dunque, la trasparenza è anche regola per l'organizzazione, per l'attività amministrativa e per la realizzazione di una moderna democrazia»³².

Sulla scia di tale concezione della trasparenza, il PNA 2019 sottolinea come la trasparenza messa in atto dalla Pubblica Amministrazione, per essere effettiva e sostanziale, debba rispettare i criteri di qualità delle informazioni da pubblicare³³ tra cui quelli dell'integrità, aggiornamento continuo, completezza, tempestività, consultazione semplice, comprensibilità dei contenuti (c.d. accessibilità totale), omogeneità, facile accessibilità³⁴.

Per quanto attiene, invece, i Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza, il PNA adottato dall'ANAC «costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni, ai fini dell'adozione dei propri PTPCT»³⁵. Il PTPCT, invece, costituisce «un atto organizzativo fondamentale in cui è definita la strategia di prevenzione all'interno di ciascuna amministrazione» i cui destinatari «sono coloro che prestano a qualunque titolo servizio presso l'Amministrazione»³⁶.

I Piani triennali, che devono essere elaborati da ogni Amministrazione entro il 31 gennaio, in base alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 97/2016 all'art. 10 del d.lgs. n.

³¹ ANAC, *Delibera n. 831 del 3 agosto 2016, Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016*, p. 24.

³² ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2019*, cit., pp. 76 – 77.

³³ ANAC, *ivi*, p. 78.

³⁴ d.lgs. n. 33/2013, art. 6.

³⁵ ANAC, *ivi*, p. 17.

³⁶ ANAC, *ivi*, p. 20.

33/2013, devono indicare espressamente i responsabili della trasmissione e della pubblicazione dei documenti, delle informazioni e degli altri dati indicati dalla predetta normativa. Ciò rientra secondo l'ANAC non in una perdita di importanza della programmazione della trasparenza bensì «in un'ottica di responsabilizzazione maggiore delle strutture interne delle amministrazioni ai fini dell'effettiva realizzazione di elevati standard di trasparenza»³⁷.

A tal proposito, l'ANAC è stata costretta a precisare che anche se il Piano triennale ha appunto una durata triennale, ogni anno deve essere comunque adottato un nuovo piano completo³⁸ così come chiaramente disposto dall'art. 1, comma 8 l. n. 190 del 2012. Tale chiarimento si è reso necessario in quanto l'Autorità ha riscontrato «che molte amministrazioni, nel tempo, hanno adottato un unico PTPCT a cui si sono riferite negli anni successivi mediante numerosi rinvii e/o soppressioni ed integrazioni di paragrafi, con conseguenti difficoltà di coordinamento tra le diverse disposizioni e di comprensione del testo» costituendo ciò una vera e propria elusione dello «scopo della norma che è quello di disporre di uno strumento organizzativo utile, chiaro, comprensibile per intervenire in via preventiva su fattori potenzialmente fonte di rischi corruttivi»³⁹.

I PTPCT devono così individuare le misure organizzative sulla base del contesto interno ed esterno all'Ente (dimensione, contesto territoriale, culturale, economico, organizzativo ecc.), della valutazione del rischio effettuata secondo il principio c.d. dell'*accountability* e cioè attraverso una ponderazione dei vari fattori e, infine, attraverso il trattamento del rischio e cioè con la identificazione e predisposizione di specifiche misure di prevenzione per le quali dovranno anche essere destinate delle risorse economiche volte concretamente ad attuarle. Tutto ciò fa sì che in alcun modo si possa parlare di un procedimento di valutazione del rischio standardizzato tant'è che l'adozione di un PTPCT non adeguato o addirittura copiato equivarrà ad una mancata adozione e sarà quindi ugualmente fonte di responsabilità.

Le attività di controllo predisposte con il piano triennale devono essere «coerenti con gli altri sistemi di controllo presenti, senza che ciò comporti un aggravio dei procedimenti

³⁷ ANAC, *ivi*, p. 34.

³⁸ ANAC, Comunicato del Presidente, 16 marzo 2018.

³⁹ ANAC, Piano Nazionale Anticorruzione 2019, *cit.*, p. 27.

interni, e orientato a valorizzare le strutture di vigilanza già esistenti, in un'ottica di ottimizzazione e coordinamento delle attività di controllo. È inoltre necessario evitare controlli meramente formali svolti in una logica di adempimento burocratico; occorre implementare, al contrario, controlli di tipo sostanziale»⁴⁰.

I piani triennali devono essere poi pubblicati entro un mese dalla loro adozione sul sito istituzionale dell'Amministrazione o dell'Ente nella sezione «Amministrazione Trasparente».

Con riferimento specifico alla trasparenza, i PTPCT devono contenere «una adeguata programmazione di tale misura»⁴¹.

Al fine di rendere tempestivo ed effettivo il flusso delle informazioni è necessario che nella sezione siano indicati espressamente i nominativi o la posizione ricoperta da coloro che si occupano della trasmissione dei dati e quelli sui quali grava l'obbligo di individuazione e pubblicazione.

2.2 Il ruolo dell'ANAC - L'ANAC svolge un ruolo centrale in materia di trasparenza amministrativa essendo «attore centrale delle politiche e pratiche di trasparenza attiva»⁴².

In particolare, svolge funzioni consultive, di regolamentazione e di vigilanza.

Tale ruolo è stato assegnato *in primis* con la l. n. 190 del 2012 e successivamente con il d.lgs. n. 33/2013.

Purtroppo, in alcuni casi, nell'immaginario collettivo dei dipendenti pubblici, soprattutto nelle realtà di piccole dimensioni «strutturalmente in difficoltà»⁴³ dove gli obblighi in materia di trasparenza amministrativa costituiscono un aggravio per lo svolgimento delle funzioni burocratiche, l'Autorità viene percepita più come controllore e quindi come soggetto dal quale si può essere sanzionati. In realtà, l'ANAC svolge anche un importante ruolo di aiuto per tutte le istituzioni coadiuvandole nelle scelte organizzative oltre a fornire chiarimenti sulla materia⁴⁴.

In tale prospettiva, nel PNA 2019-2021 ha specificato che «le indicazioni del PNA non devono comportare l'introduzione di adempimenti e controlli formali con conseguente

⁴⁰ ANAC, *ivi*, p. 35.

⁴¹ ANAC, *ivi*, p. 82.

⁴² ANAC, *Progetto Trasparenza*, 12 marzo 2021, p. 7.

⁴³ ANAC, *ivi*, pp. 10, 66, 67.

⁴⁴ ANAC, *ivi*, pp. 7 e 60.

aggravio burocratico. Al contrario, sono da intendersi in un'ottica di ottimizzazione e maggiore razionalizzazione dell'organizzazione e dell'attività delle amministrazioni per il perseguimento dei propri fini istituzionali secondo i principi di imparzialità, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa»⁴⁵.

L'art. 1, comma 2 *bis* della l. n. 190 del 2012 dispone che l'ANAC fornisce indicazioni alle pubbliche Amministrazioni per l'adozione dei Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza; l'art. 1, comma 4 lett. a) l. n. 190 del 2012, inoltre, attribuisce all'Autorità un ruolo di coordinamento per l'attuazione delle strategie da attuare per raggiungere i predetti obiettivi.

Inoltre, l'Autorità svolge un'importante funzione di vigilanza anche nel caso in cui riscontri la mancata individuazione nel PTPCT degli obiettivi strategici che l'autorizzerà ad emanare un provvedimento d'ordine.

L'ANAC in materia di trasparenza amministrativa interviene anche con atti di regolazione volti a dare indicazioni ai soggetti a cui si applica la disciplina di settore. A tal proposito è opportuno menzionare le prime linee guida adottate con delibera n. 1310/2016 e poi le nuove linee guida giusta delibera n. 1134/2017: con entrambe ha effettuato una ricognizione degli obblighi in materia di trasparenza per la sezione «Amministrazione Trasparente».

Con particolare riferimento, poi, agli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi politici, di amministrazione, di direzione o di governo e i titolari di incarichi dirigenziali l'Autorità è intervenuta con le delibere n. 241/2017 e 586/2019.

La delibera n. 329/2017 ha individuato le modalità operative e di rapporto dell'Autorità con il RPCT. Infatti, è a quest'ultimo che comunica l'avvio del procedimento mediante contestazione delle violazioni che si ritengono commesse. In alcuni casi, prima di procedere con l'avvio del procedimento, l'Autorità può chiedere al RPCT informazioni ed esibizione di documenti. Nel caso di accertamento di violazioni chiederà al RPCT o all'Amministrazione di motivare l'inadempimento.

Da quanto emerso dal monitoraggio conoscitivo svolto dall'Autorità sulla prassi in materia di trasparenza amministrativa dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 33/2013 ad oggi e pubblicato in data 12 marzo 2021, è emerso che ad essere oggetto di procedimento di vigilanza da parte della stessa sono soprattutto i Comuni (circa il 50% compresi gli altri

⁴⁵ ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2019*, cit., p. 10.

enti ed autonomie locali). Inoltre, oggetto di vigilanza sono stati anche gli enti e società di diritto privato pur non rientrando propriamente nell'ambito dell'«amministrazione trasparente»⁴⁶.

E ancora, la maggior parte dei controlli sui Comuni da parte dell'ANAC è avviata a seguito di segnalazioni⁴⁷.

Quanto, invece, ai settori sui quali si è maggiormente concentrata l'attività di vigilanza si possono così riassumere:

- a) organizzazione (20% circa);
- b) consulenti e collaboratori (19% circa);
- c) bandi di gara e contratti (13% circa);
- d) personale (10% circa)⁴⁸.

L'Autorità ha precisato che in diversi casi, seppur con il passare del tempo vi è una netta riduzione degli inadempimenti in materia di pubblicazione di documenti, le sezioni «Amministrazione Trasparente» dei siti istituzionali sono solo formalmente presenti essendo di fatto prive di alcun contenuto o in altri casi riportando solo alcuni dati in maniera frammentata e non organica⁴⁹.

Nella conclusione del Progetto Trasparenza si evidenzia come l'ANAC sia oberata di lavoro a fronte di numerose richieste per una buona metà da parte di cittadini, non riuscendo così a soddisfare in maniera adeguata la richiesta di trasparenza; ma «quello che è importante sottolineare è che tutti coloro che hanno effettuato una segnalazione, al di là della rilevanza, delle intenzioni, delle modalità, dei contenuti, hanno partecipato in questi anni ad alimentare le politiche di trasparenza nel Paese, a tradurle in pratica e in partecipazione, e attraverso di esse a promuovere uno dei principi fondamentali della democrazia, la trasparenza»⁵⁰.

⁴⁶ ANAC, *Progetto Trasparenza*, cit., p. 4.

⁴⁷ ANAC, *ivi*, p. 5.

⁴⁸ ANAC, *ivi*, p. 6.

⁴⁹ ANAC, *ivi*, p. 42.

⁵⁰ ANAC, *Progetto Trasparenza*, cit., p. 70.

2.3 Il ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza

Un ruolo essenziale è rivestito dal Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) il cui compito non è quello di occuparsi di un procedimento amministrativo come avviene in generale per la figura del responsabile del procedimento con lo svolgimento di compiti e funzioni così come disposto dalla l. n. 241 del 1990, bensì quello di svolgere un'attività a tutela della Pubblica Amministrazione da azioni illecite. Questo avviene principalmente monitorando e individuando il *modus operandi* dei dipendenti pubblici e individuando le c.d. aree maggiormente a rischio mediante una propria e vera mappatura. Attività questa che deve essere svolta in maniera precisa e puntuale dal Responsabile con la collaborazione dell'organo di indirizzo politico e degli altri dipendenti analizzando le criticità specifiche dell'Ente all'interno del quale si trova ad operare⁵¹.

I d.lgs. n. 33/2013 e 97/2016 hanno previsto l'unificazione del ruolo di Responsabile della corruzione e di Responsabile della trasparenza in capo ad un unico soggetto. Solo in presenza di «obiettive difficoltà organizzative»⁵², come ad esempio Amministrazioni particolarmente estese sul territorio nazionale, tali ruoli potranno essere ricoperti da soggetti distinti. Tale eventuale separazione dovrà essere adeguatamente motivata dall'Amministrazione di appartenenza che dovrà comunque garantire un coordinamento effettivo tra le due figure.

L'ANAC ha disciplinato il ruolo del RPCT in materia di trasparenza attraverso due delibere ovvero la n. 1309/2016 e la n. 1310/2016.

Affinché il RPCT possa operare nel migliore dei modi anche ai fini della trasparenza è necessario che questi coinvolga gli organi di indirizzo nella redazione del PTPCT e non solo per la mera approvazione; è necessario, altresì, al fine di garantire un funzionamento effettivo del Piano triennale che vi siano il coinvolgimento e la responsabilizzazione di tutti i dipendenti dell'Amministrazione che nelle varie posizioni che ricoprono partecipano all'adozione e individuazione delle misure di prevenzione.

Con specifico riferimento ai compiti in materia di trasparenza, il RPCT deve occuparsi anche della programmazione di tutte quelle attività che ritiene essenziali al fine di garantire una corretta attuazione di ciò che a livello normativo è previsto in materia di

⁵¹ A. CORRADO, *Conoscere per partecipare*, cit., p. 19.

⁵² ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2019*, cit., p. 85.

trasparenza dedicando un'apposita area nel PTPCT. Dovrà verificare, altresì, l'effettiva pubblicazione dei dati. In caso di inadempienze potrà segnalare i responsabili all'ANAC, all'organo di indirizzo, all'OIV e all'UPD.

Per quanto attiene l'accesso civico semplice il RPCT interviene sin dal momento della presentazione dell'istanza da parte del cittadino in quanto le tratterà di persona senza l'intervento di altri responsabili. Nel caso, invece, di accesso civico generalizzato il RPCT interviene solo successivamente ovvero nel caso in cui l'accesso sia stato totalmente o parzialmente negato o non sia stata data alcuna risposta all'istante.

In caso di violazione degli obblighi in materia di trasparenza, l'art. 46 d.lgs. n. 33/2013 prevede che ciò possa essere fonte di responsabilità dirigenziale, di danno all'immagine per l'amministrazione e influire sulla retribuzione di risultato e sulla valutazione delle performance. Unica esimente per il RPCT sarà dimostrare che quanto accaduto non è ad esso imputabile.

L'ANAC non ha mancato di evidenziare come in alcuni casi il RPCT abbia segnalato che una carenza nella mappatura del rischio sia dipesa dalla resistenza dei responsabili degli uffici: «queste resistenze vanno rimosse, in termini culturali, con adeguati e mirati processi formativi, ma anche con soluzioni organizzative e procedurali che consentano una maggiore partecipazione dei responsabili degli uffici a tutte le fasi di predisposizione del PTPCT promuovendo così la piena condivisione degli obiettivi e la più ampia responsabilizzazione di tutti i dipendenti»⁵³.

⁵³ ANAC, PNA 2019, cit., p. 25.

3 - LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA NEGLI APPALTI PUBBLICI

3.1. *I rischi di corruzione negli appalti pubblici* - Nonostante siano stati diversi gli sforzi legislativi posti in essere per prevenire le infiltrazioni criminali e la corruzione negli appalti pubblici, in realtà continuano ad essere frequenti gli episodi di *maladministration* sicché i fenomeni di corruttela e mafiosi destano preoccupazione e vengono percepiti in maniera allarmante dalla società civile⁵⁴.

I fenomeni mafiosi negli anni si sono trasformati e adeguati al sistema economico giungendo ad «un nuovo metodo di tipo corruttivo-collusivo, più consono al mutato contesto socio-economico, in cui i poteri dell'autorità pubblica vengono piegati per asservire gli interessi del sodalizio»⁵⁵.

I fenomeni di corruttela nella contrattualistica pubblica sono agevolati dalla molteplicità delle stazioni appaltanti⁵⁶ e dalla «polverizzazione della domanda» dovuta ad una svariata presenza di pubbliche amministrazioni ed enti pubblici⁵⁷.

Nonostante si sia portati a pensare che i rischi corruttivi si possano verificare soprattutto nella fase dell'aggiudicazione, in realtà ugualmente delicata risulta tutta la fase che la precede, ovvero quella della programmazione e redazione del bando in quanto è in questo momento che le stazioni appaltanti possono richiedere determinate caratteristiche e requisiti che ha solo l'impresa a cui si vuole aggiudicare l'appalto⁵⁸. Così come altri rischi vi sono nella fase successiva all'aggiudicazione in quanto in molti casi si cerca di far recuperare le somme che l'impresa aggiudicataria ha perso presentando un'offerta economica a ribasso con le varianti o con le clausole di rinegoziazione del

⁵⁴ M. TROÌA, *Data analysis e costruzione di indicatori di rischio di corruzione per la banca dati nazionale dei contratti pubblici*, ANAC 2020, p. 9 e F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2012, p. 180.

⁵⁵ Stati generali lotta alle mafie, Milano 23 – 24 novembre 2017, attività di ricognizione ed analisi dei più gravi fenomeni criminosi, in *Raccolta dei lavori dei tavoli tematici*, Tavolo 4, Titolo: *Mafie, corruzione e pubbliche amministrazioni*, Coordinatore: RAFFAELE CANTONE, p. 111.

⁵⁶ G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58), in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino 2013.

⁵⁷ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, *Giorn. dir. amm.*, 2015, n. 3, pp. 325-344.

⁵⁸ S. M. SISTO, *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia e alla corruzione negli appalti pubblici*, in *Amministrazione in cammino*, 2019, p. 2.

prezzo. Infatti, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha di recente ribadito, in tema di accesso agli atti della fase esecutiva di un appalto, che «l'attuazione in concreto di un'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»⁵⁹.

Il nuovo Codice degli appalti, con l'obiettivo di ridurre fenomeni di corruzione e di infiltrazione mafiosa nella contrattualistica pubblica, ha previsto ulteriori misure e potenziato le precedenti al fine di fornire le stazioni appaltanti e le istituzioni tutte di validi strumenti di prevenzione e contrasto⁶⁰. Ugualmente decisivi sono stati gli interventi in materia di trasparenza apportati con i d.lgs. nn. 33/2013 e 97/2016⁶¹.

Ad aggiungersi in tale contesto vi è stata l'emergenza sanitaria che a fronte delle problematiche note ormai a tutti in termini di forniture e così via ha legittimato la deroga ad alcune misure. Tuttavia, fortunatamente le gare pubbliche sono ormai caratterizzate sin dal 2018 dalla digitalizzazione che anche in tali casi garantisce la pubblicità delle sedute⁶².

In circostanze come queste vi è anche chi “ne approfitta” per attaccare duramente l'eccessiva burocraticità da cui sarebbe caratterizzato il settore della contrattualistica pubblica e ne auspica una semplificazione sì da garantire celerità: tuttavia, almeno in apparenza, celerità e piena legalità non sempre sono compatibili.

Sulla spesa pubblica e proprio sui contratti pubblici è necessario «accrescere il livello di trasparenza»⁶³.

⁵⁹ Cons. St., Ad. Pl., 2 aprile 2020, n. 10, p. 24, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ S. M. SISTO, *Appalti pubblici e infiltrazioni della criminalità organizzata: l'interdittiva antimafia e le novità normative e giurisprudenziali*, in *Contratti stato enti pubbl.*, 2017, n. 1, p. 34.

⁶¹ ANAC, delibera n. 831 del 3 agosto 2016, p. 26.

⁶² A. MASSARI, *Gli appalti ai tempi del Coronavirus e il Decreto “Cura Italia”*, in *Appalti&Contratti*, 2020, n. 3, p. 3.

⁶³ G. BUSIA, *Dichiarazione sul Rapporto Trasparenza sulla Percezione della corruzione*, 28 gennaio 2021.

3.2. La disciplina della trasparenza amministrativa negli appalti pubblici

Le misure previste dal legislatore per garantire l'evidenza pubblica possono essere suddivise in tre macrocategorie: la prima relativa a quelle norme finalizzate a far comprendere le ragioni delle scelte al fine di poter effettuare controlli in una fase successiva, la seconda destinata a consentire un'ampia partecipazione degli operatori economici garantendo così il principio di concorrenza e la terza, infine, quella atta a rendere comprensibili e inequivocabili le scelte fatte dall'Amministrazione e dalla stazione appaltante⁶⁴.

L'art. 29, comma 1 d.lg. n. 50/2016 come modificato dal d.lg. n. 56/2017 prevede, altresì, la pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori e quindi del committente, nella sezione «Amministrazione Trasparente» della «programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché» delle «procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'art. 5», della «composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati (...), ovvero secretati».

L'art. 53 del d.lg. n. 50/2016 disciplina l'accesso agli atti nelle procedure ad evidenza pubblica prevedendo condizioni, differimento e limiti.

L'art. 1, comma 1 d.lgs. n. 33/2013, invece, dispone che «la trasparenza amministrativa 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».

La differenza tra questi due tipi di pubblicità sta nel fatto che la prima è di tipo informativo-conoscitivo e ha l'obiettivo di far conoscere al cittadino l'operato della pA

⁶⁴ G. MISSEIRINI, *La trasparenza nell'evidenza pubblica*, in D. MASTRANGELO (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., p. 129.

in termini di spese e scelte, l'altra, invece, ha la finalità di produzione degli effetti legali e garantisce la validità delle procedure di gara⁶⁵.

Il primo tipo di pubblicità è effettuato nella sezione dei siti istituzionali «Amministrazione Trasparente», la seconda, invece, viene effettuata negli albi pretori, compresi quelli online.

Quanto alla pubblicità produttiva di effetti legali, l'art. 32 della l. 18 giugno 2009, n. 69 dispone «gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetti di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione degli stessi sui rispettivi siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti pubblici obbligati». In attuazione di tale legge ha fatto seguito il D.P.C.M. del 26 aprile 2011 che ha disposto la pubblicazione sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti delle formazioni concernenti le gare pubbliche in un'apposita sezione denominata «Bandi di gara».

L'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, come modificato dall'art. 32 del d.lgs. n. 97/2016, dispone che le Pubbliche Amministrazioni e le stazioni appalti, fermi restando gli obblighi di cui all'art. 9 bis del medesimo Decreto e quelli di pubblicità legale, sono tenute a pubblicare per quanto concerne l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura, l'importo delle somme liquidate, tutti gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione di cui al d.lgs. n. 50/2016. Su tale preciso obbligo l'ANAC ha poteri di vigilanza, ispettivi nonché ordinativi nei confronti della Pubblica Amministrazione inadempiente. Inoltre, poiché la mancata pubblicazione comporta responsabilità disciplinare, l'Autorità dovrà segnalare la violazione all'ufficio per i procedimenti disciplinari dell'Amministrazione a cui appartiene colui che si è reso responsabile dell'inadempimento, all'OIV ed eventualmente alla Corte dei Conti⁶⁶.

Dei limiti sono previsti dagli artt. 53 e 162 del d.lgs. n. 50/2016: il primo prevede un differimento all'accesso agli atti al fine di garantire il segreto commerciale e tecnico delle

⁶⁵ A. CORRADO, *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 4.

⁶⁶ A. MEALE, *Manuale breve di diritto dei contratti pubblici*, Pisa 2020, pp. 19 e 20. Sempre sul ruolo di vigilanza dell'ANAC in materia di contratti pubblici vi è il *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici*, adottato dall'ANAC stessa e pubblicato sulla G.U. del 16 ottobre 2018. Si è pronunciato su tale funzione di vigilanza anche il Cons. St., Sez. V, con le sentenze nn. 5502 e 5503.

offerte presentate dagli operatori economici e al fine di evitare che la conoscibilità anticipata possa portare ad esiti della gara non regolari in quanto viene minata la serenità nella valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante⁶⁷.

3.3 La disciplina dell'accesso civico generalizzato nella materia degli appalti pubblici: l'Adunanza Plenaria n. 10 del 2 aprile 2020 - Un principio di diritto fondamentale in materia di appalti e trasparenza è stato sancito dall'Adunanza Plenaria del Cons. St. con la pronuncia n. 10 del 2 aprile 2020.

La controversia che ha portato i Giudici di Palazzo Spada a pronunciarsi sorge dall'istanza di accesso presentato all'Azienda USL Toscana Centro da parte dell'operatore economico che si era classificato al secondo posto. L'istanza riguardava i documenti relativi all'esecuzione del contratto con il fine di verificare se l'esecuzione del contratto corrispondesse a quanto indicato nel capitolato tecnico e nell'offerta migliorativa dell'aggiudicataria poiché la presenza di inadempienze avrebbe comportato l'obbligo per l'Amministrazione di procedere con la risoluzione del contratto con conseguente affidamento all'impresa che aveva presentato istanza di accesso in quanto seconda classificata. Tale istanza non prevedeva specificazione in merito alla base giuridica che muoveva tale richiesta ovvero se la stessa fosse stata presentata esclusivamente ai sensi della l. n. 241 del 1990 e/o ai sensi dell'accesso civico generalizzato.

Ad ogni modo l'Amministrazione negava l'accesso sostenendo che «la documentazione richiesta concerne una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla gara in oggetto, e perciò ricompresi nel concetto più generale di atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici» soggetti quindi alla sussistenza di un interesse qualificato ai sensi della l. n. 241 del 1990; inoltre la richiesta di accesso non poteva essere accolta neanche in base all'accesso civico generalizzato in quanto non applicabile al settore dei contratti pubblici.

L'Adunanza Plenaria *in primis* evidenzia come non vi sia alcun divieto e impedimento al «concorso tra le diverse forme di accesso» in quanto l'art. 5, comma 11, del d.lgs. n. 33/2013 «specifica che restano ferme, accanto all'accesso civico c.d. semplice (comma 1) e quello c.d. generalizzato (comma 2), anche le diverse forme di accesso degli interessati

⁶⁷ G. MISSENERI, *La trasparenza nell'evidenza pubblica*, cit., 2019, p. 130.

previsto dal capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241»⁶⁸. Quindi non vi sarà alcun impedimento per l'Amministrazione di valutare la fondatezza dell'istanza di accesso sia sotto il profilo di domanda meramente documentale sia sotto quello di accesso generalizzato nel momento in cui l'istante non la abbia espressamente qualificata e la stessa contenga gli elementi per poter essere esaminata sia in un modo che nell'altro. L'Adunanza precisa, altresì, che è del tutto legittimo che un'istanza di accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990 venga respinta, ma può essere accolta in base all'accesso civico generalizzato⁶⁹. Tuttavia, se l'istanza, invece, sarà stata espressamente predisposta ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, l'Amministrazione non potrà valutare la sussistenza dei presupposti dell'accesso civico generalizzato in quanto così facendo «si pronuncerebbe con una sorta di diniego difensivo “in prevenzione”, su una istanza, quella di accesso civico generalizzato, mai proposta, nemmeno in forma (...) implicita e/o congiunta o, comunque, ancipite all'interessato, che si è limitato a richiedere l'accesso ai sensi della l. n. 241/1990»⁷⁰.

La seconda questione sulla quale l'Adunanza Plenaria si pronuncia riguarda la possibilità di configurare in capo ad un operatore economico utilmente collocato nella graduatoria un interesse qualificato ad accedere alla documentazione riguardante la fase esecutiva della prestazione al fine di poter sollecitare la risoluzione contrattuale da parte dell'Amministrazione a fronte dell'inadempimento dell'aggiudicatario. Su tale punto l'Adunanza ha riconosciuto tale legittimazione ai sensi dell'art. 53, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 e con le limitazioni dallo stesso previste. A tal proposito è irrilevante che «la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio (...) Esiste, in altri termini, una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile (...) e questa

⁶⁸ Cons. St., Ad. Pl., n. 10/2020, cit., pp. 14 e 15.

⁶⁹ Cons. St., *ivi*, p. 17.

⁷⁰ Cons. St., *ivi*, p. 19.

disciplina si traduce (...) in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale»⁷¹.

L'Adunanza Plenaria, nell'indicare i due orientamenti contrapposti sui quali si è soffermato il Consiglio di Stato, ha sposato la tesi di quello che ammette l'applicazione dell'istituto dell'accesso civico generalizzato alla materia degli appalti.

Al riguardo, i Giudici di Palazzo Spada ricordano che «il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale “casa di vetro” improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione. (...) Bene si è osservato che il diritto di accesso civico è preconditione, in questo senso, per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale nel nostro ordinamento perché solo conoscere consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà»⁷².

Su tali presupposti, poi, l'Adunanza si è preoccupata di verificare il rapporto tra l'accesso civico generalizzato e le eccezioni assolute di cui all'art. 5 *bis*, comma 3 del d.lgs. n. 33/2013 previste dal legislatore al fine di tutelare particolari interessi come, ad esempio, per il segreto di Stato. Su tale rilievo ritiene di dover considerare che le eccezioni nello stesso previste debbano essere intese in maniera unitaria secondo un «approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante» e di conseguenza non è ammissibile ritenere che tale articolo non applichi l'accesso civico generalizzato ad «interi ambiti per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato (...) perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale

⁷¹ Cons. St., *ivi*, pp. 22 e 23.

⁷² Cons. St., *ivi*, pp. 39 e 40.

o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata per *relationem* dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e “fagociterebbe” l'accesso civico generalizzato»⁷³.

Tutto ciò fa sì che il rapporto tra accesso documentale e accesso civico generalizzato e il rapporto di questi due tipi di accesso con quelli previsti dalle specifiche norme di settore come per la materia degli appalti non può portare ad rapporto di specialità tra le discipline e quindi di esclusione tra queste «ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta “per materia” delle singole discipline» dovendosi verificare di volta in volta caso per caso e non a priori interi ambiti di discipline⁷⁴.

Una diversa soluzione non può neanche essere data dai casi specifici di limitazioni all'accesso previsti dall'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 che al comma 2 prevede una esclusione assoluta, ma temporalmente limitata e finalizzata a tutelare la regolare competizione tra i concorrenti e il buon andamento della procedura di gara in modo da esonerarlo da influenze esterne che ne compromettano l'esito; e al comma 5 prevede un'altra esclusione assoluta del diritto di accesso, come ad esempio per quelle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o che giustificano la stessa. Infatti, in tali ipotesi, la «portata limitata anche temporalmente e motivata di questi casi, peraltro di stretta interpretazione, non può comportare ex se l'esclusione dell'intera materia dell'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»⁷⁵.

Pertanto, l'accesso civico generalizzato in materia di appalti, una volta venute meno le cause ostative alla sua applicazione previste dall'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, trova applicazione di diritto, anche per la fase esecutiva del contratto, senza che sia necessaria alcuna disposizione di legge ad hoc che l'autorizzi.

⁷³ Cons. St., *ivi*, p. 43.

⁷⁴ Cons. St., *ivi*, p. 44. In tal senso anche Cons. St., Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503.

⁷⁵ Cons. St., *ivi*, p. 48.

Per tali ragioni, dunque, «non è più possibile affermare, in un quadro evolutivo così complesso che impone una visione d'insieme anche alla luce delle coordinate costituzionali, eurounitarie e convenzionali, che l'accesso agli atti di gara costituisca un microcosmo normativo compiuto e chiuso» sicché l'accesso civico non solo deve essere ritenuto consentito ma anche «doveroso perché connaturato, per così dire, all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti»⁷⁶.

⁷⁶ Cons. St., *ivi*, pp. 50 e 53.

Conclusioni

Sono queste, in realtà, le tappe principali dell'evoluzione che la trasparenza amministrativa ha subito negli ultimi anni a seguito di importanti interventi normativi e giurisprudenziali sia a livello nazionale sia comunitario.

Ciò ha fatto sì, come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 10/2020, che in capo al cittadino venga riconosciuto un vero e proprio diritto a conoscere (c.d. *right to know*) con conseguente attribuzione di un ruolo attivo all'interno della società civile, conferendo alla conoscenza lo status di diritto «che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto. (...) 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 (...) 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)»⁷⁷.

A maggior ragione ciò deve avvenire in materia di contratti pubblici in quanto l'accesso civico generalizzato acquisisce una particolare connotazione poiché finisce per diventare la «“fisiologica conseguenza” dell'evidenza pubblica, in quanto ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile»⁷⁸.

Il diritto di conoscere, dunque, «consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà»⁷⁹.

Un importante processo di innovazione che però non trova anche piena applicazione per diversi fattori tra cui, *in primis*, l'«approccio burocratico e “adempitivo”» dei pubblici dipendenti⁸⁰.

⁷⁷ Cons. St., *ivi*, pp. 31 e 41.

⁷⁸ Cons. St., *ivi*, p. 49.

⁷⁹ Cons. St., *ivi*, p. 40.

⁸⁰ A. CORRADO, *Conoscere per partecipare*, cit., p. XXVII.

Per una vera svolta, anche nell'ambito della trasparenza amministrativa è necessario che tutti siano «protagonisti attivi – non eroi – in una società in cui l'anticorruzione non è altro che una “banale” e quotidiana regola di vita»⁸¹.

⁸¹ R. CANTONE, *Prefazione*, in *Conoscere per partecipare* (a cura di A. CORRADO), cit., p. XIX.

Abstract

Il presente *working paper* intende trattare l'attuale tematica della trasparenza amministrativa che è ormai oggetto continuo di studio da parte dell'ANAC, della dottrina e della giurisprudenza. Importanti, inoltre, sono state le novità normative introdotte dalla l. n. 190/2012 e dai d.lgs. nn. 33/2013 e 97/2016 che hanno riconosciuto al cittadino un ruolo fondamentale di partecipazione alla vita della pubblica Amministrazione, un vero e proprio diritto alla conoscenza e al controllo diffuso sull'azione amministrativa. Si procede, dunque, nello studio prospettato avuto riguardo agli orientamenti anche dell'ANAC in materia.

§ NOTIZIE SULL'AUTORE

Stefano Maria Sisto (24 febbraio 1988) è avvocato e cultore di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "A. Moro" di Bari. Nel 2021 ha conseguito il Master di II livello in "Compliance e prevenzione della corruzione nei settori pubblico e privato" con votazione 110/110 e lode organizzato dalla LUISS Guido Carli e dall'ANAC.

Nel 2014 ha conseguito il diploma di specializzazione nelle professioni legali presso l'Università LUM Jean Monnet.

È autore di diverse pubblicazioni in materia di diritto amministrativo su riviste specialistiche e di carattere scientifico e docente in corsi di formazione per dipendenti di pubbliche amministrazioni e di aziende private.

È risultato vincitore di una borsa di studio bandita dalla LUISS Guido Carli – Centro Studi di Ricerca sulle Amministrazioni Pubbliche "Vittorio Bachelet" e dall'associazione "Avviso Pubblico. Enti locali e Regioni per la formazione civile contro le mafie" grazie alla quale ha svolto un progetto di ricerca in materia di protocolli di legalità.