

# Il bilanciamento tra diritto di accesso e tutela della riservatezza e l'istituto dell'inversione procedimentale

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 5-2-2026

In applicazione del D.Lgs. 36/2023, il diritto di accesso agli atti di gara ai sensi dell'art. 35 e 36 si realizza mediante disponibilità digitale degli atti, delle offerte e delle informazioni presupposte all'aggiudicazione, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi.

L'eventuale oscuramento dei dati personali deve riguardare esclusivamente le parti di offerta per le quali siano state accolte motivazioni specifiche di riservatezza; altrimenti, prevale l'interesse pubblico alla trasparenza e alla tempestiva tutela giurisdizionale degli operatori economici.

In caso di inversione procedimentale, la documentazione amministrativa non verificata dalla stazione appaltante non rientra tra gli atti da ostendere ai primi cinque operatori collocati in graduatoria.

## Guida alla lettura

A seguito delle modifiche intervenute al D.Lgs. 36/2023, con l'approvazione del D.Lgs. 209/2024 (c.d. correttivo del Codice dei contratti), **l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha avviato l'iter conseguente di adeguamento del Bando tipo n. 1/2023 e della domanda di partecipazione tipo**. Nell'ambito di tale attività, tuttavia, **la stessa ANAC ha ritenuto di chiedere al Consiglio di Stato un parere in materia di accesso alle offerte e agli atti di gara, tenuto conto di quanto previsto dal Codice**.

In proposito, giova precisare che le modifiche al Codice, intervenute con il richiamato D.Lgs. 209/2024, non hanno interessato direttamente le norme dedicate all'accesso agli atti, di cui all'art. 35, e al procedimento in tema di accesso, di cui all'art. 36 del medesimo Codice, se non limitatamente all'introduzione del comma 5-bis all'art. 35, dedicato al consenso al trattamento dei dati, tramite FVOE, che gli Operatori economici devono trasmettere alle S.A. e agli enti concedenti in sede di presentazione delle offerte (consenso che viene, in pratica, dichiarato nella domanda di partecipazione); e una precisazione alla lett. a) del comma 4 del richiamato art. 35 del Codice.

Tuttavia, **ANAC ha ritenuto di interessare il Consiglio di Stato** poiché, in sede di revisione del Bando tipo **sono emerse alcune criticità riguardanti la messa a disposizione**, tramite PAD, **delle offerte e degli atti di gara agli offerenti non definitivamente esclusi**, secondo le disposizioni del richiamato art. 36 del Codice.

Prima di esaminare, preliminarmente quanto richiesto dall'Autorità e il parere espresso dall'Adunanza della prima Sezione del Consiglio di Stato, si vuole ricordare quanto previsto dalle norme su riportate.

In particolare, **l'art. 35 del Codice definisce la disciplina dell'accesso agli atti di gara**, assicurando in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione, attraverso l'acquisizione diretta dei dati tramite PAD, **in conformità con gli articoli 3-bis e 22 e ss. della L. n. 241/90 e degli articoli 5 e 5-bis del D.Lgs. 33/2013.**

**L'art. 36 del Codice**, prevede – al **primo comma** – che *«L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90»*.

Il **secondo comma** – che ha una grande importanza ai fini del parere espresso dall'Adunanza della I Sezione del Consiglio di Stato – prevede che: *«Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate»*.

**Tali disposizioni, ricomprese nell'art. 36**, rubricato *“Norme procedurali e processuali in tema di accesso”*, **hanno una valenza doppia, poiché, da una parte, descrivono un iter procedimentale; dall'altra**, assumono una **valenza processuale**, per quanto definito dal **comma 4 al comma 9** della medesima norma. Anche in questo caso, per come è costruito l'art. 36, si evince un perfetto dialogo tra norme differenti: Codice dei Contratti Pubblici, la Legge in materia di procedimento amministrativo, la disciplina in tema di diritto di accesso civico e il Codice del processo amministrativo.

Ciò posto, si legge nel parere dell'Adunanza della prima Sezione del Consiglio di Stato, che l'**Autorità** ha sottoposto al Consiglio di Stato i seguenti **quesiti**:

- a quale schema di pubblicazione in piattaforma conduca il **corretto bilanciamento tra il diritto di accesso diretto tramite PAD e la tutela della riservatezza**: a) ostensione in chiaro di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli relativi a categorie particolari di dati e dei dati personali relativi a condanne penali e reati; oppure b) ostensione in chiaro dei soli dati personali diversi dalle categorie particolari di dati e dei dati relativi a condanne penali e reati; oppure c) oscuramento di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli generici;

- se, a fronte del **mancato coordinamento tra l'art. 36, comma 2, e l'articolo 107, comma 3, del Codice**, sia corretta la **previsione che l'Autorità intende riportare nel Bando tipo di prossima emanazione** ovvero che, nel caso di **inversione procedimentale**, viene resa reciprocamente disponibile agli offerenti classificati dal secondo al quinto posto della graduatoria tutta la documentazione amministrativa, ancorché non verificata dalla stazione appaltante, e ciò al fine di semplificare e velocizzare le modalità di accesso alla documentazione di gara, in rispondenza alle previsioni di cui all'articolo 36, comma 2, del

decreto legislativo n. 36 del 2023.

Preliminarmente, il parere espresso dall'Adunanza della prima Sezione del Consiglio di Stato appare interessante, tenuto conto che il G.A., prima di adottarlo, ha voluto preliminarmente attendere la consultazione che – nel contempo – ANAC aveva avviato con gli *stakeholders* in tema di revisione del Bando tipo n. 1/2023, anche in merito alle modalità di rendere disponibili ai primi cinque classificati la documentazione amministrativa riferita a tutti gli Operatori economici, anche nel caso dell'utilizzo dell'istituto dell'inversione procedimentale, previsto ordinariamente dall'art. 107, comma 3 del D.Lgs. 36/2023.

### **Il primo quesito: bilanciamento tra diritto di accesso diretto tramite PAD e la tutela della riservatezza.**

Con riferimento al primo quesito, dedicato al corretto bilanciamento tra diritto di accesso diretto tramite PAD e la tutela della riservatezza, la Sezione Prima del Consiglio di Stato ha tenuto conto delle tre opzioni prospettate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, al fine di assicurare il richiamato bilanciamento.

Esso deve condurre:

a) all'ostensione in chiaro di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli relativi a categorie particolari di dati e dei dati personali relativi a condanne penali e reati;

oppure b) all'ostensione in chiaro dei soli dati personali diversi dalle categorie particolari di dati e dei dati relativi a condanne penali e reati;

oppure c) all'oscuramento di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli generici.

In proposito, il G.A. ha voluto ricostruire il dettato normativo sia dell'art. 35 sia dell'art. 36, primo e secondo comma del D.Lgs. 36/2023.

In apertura, il G.A. ha ricordato quanto già precisato nella Relazione al Codice con particolare riferimento al primo comma dell'art. 35 del Codice, ricordando che **è riconosciuto il diritto di accesso a tutti i cittadini, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato, ai sensi degli articoli 5 e 5 bis del D.Lgs. 13/2013: "E' stato così dato attuazione ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 2 aprile 2020, n. 10, secondo cui il principio di trasparenza, che rappresenta un fondamento imprescindibile della democrazia amministrativa, assicurando il buon funzionamento della pubblica amministrazione attraverso l'intellegibilità dei processi decisionali (anche con una tendenziale funzione di prevenzione di fenomeni di malcostume ed in particolare di corruzione), deve trovare *applicazione a tutte le fasi dei contratti pubblici*"**.

Sempre proseguendo il lavoro di esegesi della norma, l'Adunanza della prima Sezione del Consiglio di Stato ha chiarito come il **comma 2 dell'art. 35** definisce **i tempi entro i quali è possibile assicurare l'esercizio del diritto di accesso**. Inoltre, il G.A. ricorda le **possibili esclusioni del diritto di accesso e di ogni forma di divulgazione di cui all'art. 25, comma**

**4 del Codice**, concludendo la ricostruzione normativa, focalizzando l'attenzione sul comma 5 dell'art. 35. Sul punto, in particolare, il G.A. ha ricordato come la Commissione europea aveva contestato il fatto che la specifica previsione di cui al comma 5 dell'art. 35 potesse violare l'art. 21, paragrafo 1 della Direttiva 2014/24/UE (e gli articoli corrispondenti alle altre due Direttive), considerato che **la legislazione nazionale non può fissare autoritativamente ex ante la prevalenza dell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale tra diritto di accesso e riservatezza, considerato che tale attività valutativa deve essere effettuata direttamente dalla Stazione appaltante.**

Venendo al quesito, il G.A. ha voluto – sin da subito – chiarire che ***“non vi è ragione di oscurare alcun dato, notizia o informazione, salvo in tutto o in parte l'offerta tecnica per la quale l'operatore abbia indicato le relative ragioni e le stesse siano state accolte (ex art. 35, comma 4, lett. a) e art. 36, comma 3). La strumentalità e l'indispensabilità di tali documenti per quei soggetti e la prevalenza dell'interesse pubblico all'accesso rispetto alla tutela degli altri interessi (privacy in particolare e ferma la particolarità della tutela dei segreti tecnici e commerciali, come accennato), risulta essere stata stabilita una volta per tutte ex ante dal legislatore. Si tratta di una scelta (e di un bilanciamento) che non appaiono illogici, irragionevoli o arbitrari perché è funzionale anche a rendere spedita, efficace ed economica l'azione amministrativa, alleggerendola degli eventuali appesantimenti e aggravamenti connessi alle singole richieste di accesso da parte degli operatori; ad evitare agli operatori economici una attività defaticante ed anti-economica di ricerca e selezione degli atti eventualmente da impugnare e infine a consentire una altrettanto pronta e completa risposta di giustizia alle eventuali domande degli operatori economici interessati, il tutto per conseguire quanto più rapidamente possibile (nei tempi preventivati) il bene che costituisce l'oggetto della causa del contratto della cui procedura di affidamento si tratta. Tale conclusione (e cioè la sostanziale correttezza e conformità delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 36 anche alla normativa europea di settore) trova conferma, indiretta, ma autorevole, nella stessa lettera della Commissione Europea all'Italia dell'8 ottobre 2025 che, proprio esaminando la nuova disciplina dei contratti pubblici e di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e del relativo decreto correttivo di cui al d. lgs. 31 dicembre 2024, n. 2024), ha contestato la non conformità alla normativa europea solo dell'art. 35, comma 4 (cfr. precedente par. 2.1.2)”.***

In sostanza, il G.A., anche tenendo conto del fatto che le previsioni codicistiche rappresentano un obiettivo previsto dal PNRR, al fine di assicurare “semplificazione” e “speditezza”, ai fini del risultato contrattuale, ha sottolineato altresì che non sussistono ragioni per procedere all'oscuramento di dati, notizie o informazioni oggetto di accesso, fatta eccezione per l'offerta tecnica nei limiti in cui l'operatore economico abbia puntualmente indicato le specifiche ragioni di riservatezza e tali ragioni siano state ritenute fondate e accolte, ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a) e dell'art. 36, comma 3, del D.Lgs. 36/2023.

**La strumentalità e l'indispensabilità dei documenti di gara ai fini della tutela giurisdizionale degli operatori economici, nonché la prevalenza dell'interesse pubblico all'accesso rispetto agli interessi contrapposti – in particolare quello alla riservatezza, ferma restando la peculiare tutela dei segreti tecnici e commerciali – risultano essere**

state definite *ex ante* dal legislatore, attraverso una scelta normativa chiara e consapevole.

Tale scelta implica un **bilanciamento preventivo degli interessi in gioco**, che non appare **illogico, irragionevole o arbitrario**, in quanto **funzionale a**:

- **garantire una azione amministrativa più spedita, efficace ed economicamente sostenibile, evitando appesantimenti procedurali connessi alla gestione delle singole istanze di accesso;**
- **prevenire, in capo agli operatori economici, una attività defatigante e anti-economica di ricerca e selezione degli atti potenzialmente rilevanti ai fini dell'eventuale impugnazione;**
- **assicurare una risposta giurisdizionale tempestiva e completa, consentendo agli operatori di esercitare pienamente il diritto di difesa;**
- **perseguire, in tempi certi e predeterminati, il bene finale oggetto del contratto pubblico, cui è strumentale l'intera procedura di affidamento.**

A parere di chi scrive, infatti, l'art 36 del Codice attribuisce una rilevanza importante a tutti gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione, per come previsto al comma 1, prevedendo altresì l'obbligo da parte della S.A. di esprimersi in merito a eventuali richieste di oscuramento delle parti di offerte, non attribuendo – letteralmente – alcun spazio ai dati e alle informazioni riferiti a dati personali, ricompresi – per lo più – nell'ambito della “busta amministrativa”.

**Il secondo quesito: limiti all'accesso alla documentazione in caso di inversione procedimentale.**

Come noto, **attraverso l'utilizzo dell'istituto dell'inversione procedimentale, le Stazioni appaltanti prevedono nella legge di gara di verificare la documentazione amministrativa solo sul primo operatore economico, risultato primo in graduatoria.** In proposito, anche nella sua istanza di parere, ANAC ha voluto chiarire che nel Bando tipo n. 1/2023 è stigmatizzata la facoltà di prevedere che la verifica dell'idoneità sia effettuata anche nei confronti del secondo classificato o tramite sorteggio.

Il dubbio rappresentato dall'Autorità, poi risolto dal Giudice Amministrativo con il parere in commento, atteneva alla questione se dovessero essere ricompresi tra i dati e le informazioni da ostendere ai primi cinque operatori economici anche i documenti riferiti agli operatori collocatisi in graduatoria, per i quali, tuttavia, in conformità alle previsioni della *lex specialis* e in applicazione dell'istituto dell'inversione procedimentale, non si era proceduto alla verifica della documentazione contenuta nella busta amministrativa.

Il G.A., con il parere, è stato *tranchant* nel precisare che **«la specifica previsione di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 36 presuppone la scansione procedimentale propria ed esclusiva dell'ordinario procedimento di affidamento: è rispetto a quello che, verificandosi la completezza documentale della procedura di gara, è predicabile, utile e necessaria la immediata disponibilità degli atti di gara da parte degli operatori non definitivamente esclusi e**

dei primi cinque operatori collocati in graduatoria.

***Nell'ipotesi in cui il procedimento di gara sia stato caratterizzato dalla inversione procedimentale, in assenza di alcuna valutazione da parte della stazione appaltante, la documentazione amministrativa non ha trovato ingresso nella sequenza procedimentale conclusasi con l'aggiudicazione della gara. La presenza dei concorrenti in graduatoria dipende dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura e dal punteggio attribuito alle offerte, rimanendo la documentazione amministrativa estranea a questa fase procedurale. Il che, esclude di anticipare la conoscenza di documenti che non sono stati ancora esaminati dalla stazione appaltante».***

## **REPUBBLICA ITALIANA**

### **Consiglio di Stato**

#### **Sezione Prima**

**Adunanza di Sezione del 9 ottobre 2025 e del 11 dicembre 2025**

**NUMERO AFFARE 00546/2025**

**OGGETTO:**

Autorità nazionale anticorruzione.

Richiesta di parere in materia di accesso alle offerte e agli atti di gara, ai fini della revisione del bando tipo Anac n. 1/2023;

### **LA SEZIONE**

Vista la nota prot. 18993 del 22 maggio 2025, con cui l'Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il parere interlocutorio n. 771/2025 del 29 luglio 2025;

Visto la nota prot. 111652 del 5 agosto 2025 con cui l'Autorità nazionale anticorruzione ha adempiuto alle richieste istruttorie di cui al precedente parere;

Esaminati gli atti e udito il relatore, presidente Carlo Saltelli;

Premesso.

1. Con la nota prot. 18993 del 22 maggio 2025 l'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora in avanti anche solo l'Autorità) ha esposto di apprestarsi:

- all'aggiornamento del Bando tipo n. 1/2023, approvato con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, al fine di adeguarlo alle modifiche introdotte con il decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209 (c.d. correttivo del Codice dei contratti), precisando che alcune parti del predetto documento, ancorché non toccate dalla novella legislativa, sono state comunque modificate per risolvere alcuni problemi interpretativi ed applicativi emersi in sede di prima applicazione del Codice e per meglio chiarire le modalità attuative di alcuni nuovi istituti;

- al contestale aggiornamento della Domanda di partecipazione tipo, adottata il 29 febbraio 2024, al fine di coordinarla con il testo del bando per evitare eventuali sovrapposizioni di prescrizioni.

Ha evidenziato che l'attività di revisione del bando è stata condotta con l'ausilio del gruppo di lavoro già costituito per la redazione della prima versione del documento, gruppo di cui fanno parte Consip, Invitalia, i rappresentanti dei soggetti, aggregatori, Itaca e Fondazione IFEL, aggiungendo che i documenti modificati sono attualmente sottoposti alla consultazione degli *stakeholder*, per acquisire osservazioni e rilievi utili alla stesura definitiva.

2. In particolare l'Autorità ha sottolineato che nel corso dell'attività di revisione del Bando tipo sono emerse alcune criticità riguardanti la messa a disposizione delle offerte e degli atti di gara agli offerenti non definitivamente esclusi tramite la piattaforma digitale (PAD) disciplinate dall'art. 36 del decreto legislativo n. 36 del 2023.

Ricordato il contenuto di tale articolo, l'Autorità ha rappresentato il delinearsi di due ordini di problemi, l'uno riguardante l'oscuramento degli eventuali dati personali, delle categorie particolari di dati e dei dati relativi a condanne penali e reati contenuti negli atti di gara; l'altro concernente l'applicazione del comma 2 dell'articolo 36 alla documentazione amministrativa che, in caso di inversione procedimentale, non è stata verificata dalla stazione appaltante.

3. Con riferimento al primo ordine di problemi è stato osservato che la questione *"involge l'individuazione del bilanciamento tra il diritto di accesso esercitato direttamente tramite PAD e la tutela della riservatezza, e implica il coordinamento tra la disciplina dettata dagli articoli 35 e 36 del Codice e la normativa in materia di privacy"*

E' stato rilevato che l'attuale Bando tipo 1/2023 reca una clausola che si limita ad indicare le informazioni che la stazione appaltante, in conformità alla normativa eurounitaria e nazionale, deve rendere sul trattamento dei dati personali raccolti nello svolgimento di una specifica procedura di gara; per adempiere a tale obbligo informativo è previsto che la stazione

appaltante possa inserire di volta in volta nella documentazione di gara le informazioni richieste completando la clausola del disciplinare di gara in base agli indirizzi adottati al proprio interno per l'attuazione della norma sulla privacy oppure predisporre un'apposita e autonoma scheda informativa da inserire nella documentazione di gara.

Tenuto conto delle eterogenee prassi applicative sviluppatesi al riguardo (che spaziano dall'oscuramento di tutti i dati personali, inclusi quelli generici, quali nomi, dati di nascita, residenza e documento di riconoscimento, all'ostensione in chiaro di tutta la documentazione) ed in considerazione di quanto affermato sul punto dalla Relazione illustrativa al Codice e delle esigenze di semplificazione e speditezza che il legislatore ha inteso perseguire proprio con le previsioni contenute nell'art. 36 del decreto legislativo n. 36 del 2023 (esigenze che sono alla base anche alla base di una delle Milestone del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, la n. 84-bis), l'Autorità ha rilevato che *"...se le stazioni appaltanti fossero tenute ad omissare i dati personali contenuti negli atti di gara resi disponibili tramite la PAD costringendo gli operatori economici ad esercitare il diritto di accesso ai dati mancanti ai sensi della legge n. 241 del 1990, la finalità di velocizzazione perseguita dal legislatore risulterebbe fortemente compromessa"* (si pensi ai dati personali generici delle persone fisiche indicati nel comma 3 dell'art. 94 del codice, rilevanti ai fini della verifica dell'assenza di cause di esclusione e dei rispettivi dati relativi a condanne penali e reati che le imprese concorrenti hanno interesse a conoscere per eccepire eventuali violazioni del codice o della legge di gara).

In considerazione poi delle specifiche previsioni del comma 7 dell'articolo 24 della legge n. 241 del 1990 e dei criteri in esse contenute ai fini del bilanciamento tra diritto di accesso e riservatezza, l'Autorità ha esposto che nel corso della revisione del Bando tipo sono sorti dubbi *"...su come i richiamati criteri di bilanciamento tra diritto di accesso e riservatezza possono trovare applicazione nella nuova ipotesi di accesso tramite disponibilità diretta di atti, dati e informazioni tramite PAD, tenuto conto degli obiettivi di velocizzazione che informano tale nuova modalità di accesso e considerato che i soggetti che ne beneficiano – il primo classificato e i concorrenti non definitivamente esclusi – sono tutti titolari di interessi giuridici la cui tutela richiede la conoscenza dei dati personali generici e dei dati relativi a condanne penali e reato delle persone fisiche rilevanti ai fini della sussistenza delle condizioni di partecipazione degli offerenti"*, trattandosi di documentazione che non verrebbe *"...pubblicata e resa conoscibile erga omnes sulla PAD, ma soltanto ai concorrenti non esclusi (nel caso di documentazione amministrativa dell'aggiudicatario) e ai primi cinque in graduatoria (nel caso di documentazione amministrativa dei concorrenti dal secondo al quarto)"*.

Secondo l'Autorità la ratio ispiratrice dell'art. 36 del codice presupporrebbe una valutazione sulla sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale da parte degli operatori economici individuati dalla norma, che la Relazione illustrativa al Codice avrebbe tradotto come possibilità per tali concorrenti di *"orientarsi sulla opportunità o meno di procedere in sede giurisdizionale"* (art. 36, comma 1) oppure *"al fine di orientarsi immediatamente se impugnare gli atti di gara oppure no"* (art. 36, comma 2).

Su tale questione l'Autorità chiede la valutazione di questo Consiglio di Stato, avendo essa già avuto modo di pronunciarsi sulla questione *"...nella delibera n. 165 del 30 gennaio 2025 nella quale interpretando, tra l'altro, le indicazioni contenute nel parere del Garante della*

*Privacy del 7 febbraio 2013, ha concluso, in quella circostanza, per la necessità che la stazione appaltante proceda d'ufficio all'oscuramento dei dati personali e/o sensibili contenuti nella documentazione di gara messa a disposizione ai sensi degli articoli 25 e 26 del Codice”.*

4. Quanto al secondo ordine di problemi, l'Autorità evidenzia che la questione è sorta in relazione all'ipotesi della messa a disposizione della documentazione amministrativa degli offerenti classificati dal secondo al quinto della graduatoria che, in caso di inversione procedimentale, non è stata verificata dalla stazione appaltante.

Ricordata la particolarità di tale istituto (art. 107, comma 3, del Codice) in cui la stazione appaltante, dopo aver esaminato le offerte, può procedere alla verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e speciale del solo aggiudicatario, l'Autorità ha rilevato che nel Bando tipo n. 1/2023 è stata lasciata alla stazione appaltante la facoltà di prevedere che la verifica dell'idoneità sia effettuata anche nei confronti del secondo classificato, prescrivendo che venga comunque eseguita anche nei confronti di un numero di partecipanti stabilito dalla stessa stazione appaltante, sorteggiati con modalità ugualmente stabilite dalla stazione appaltante e da indicare nel disciplinare di gara.

Poiché rimane possibile che la stazione appaltante aggiudichi la gara senza aver verificato la documentazione amministrativa di uno o più dei concorrenti collocati dal secondo al quinto posto, si pone il problema, ad avviso dell'Autorità, se in tal caso la documentazione amministrativa non verificata dalla stazione appaltante vada comunque messa a disposizione degli offerenti classificati nei primi cinque posti della graduatoria, secondo quanto previsto dall'art. 36, comma 2, del Codice: il dubbio trae origine dalla circostanza che la documentazione su cui la stazione appaltante non ha esercitato i poteri di accertamento non è idonea a fondare un interesse concreto e attuale all'ostensione per mancanza di una ipotetica illegittimità dell'attività provvedimentale nei confronti della quale il concorrente possa vantare esigenze di tutela (come ritenuto da TAR Friuli-Venezia Giulia n. 333 del 25 luglio 2022; TAR Lazio n. 3612 del 30 marzo 2022).

L'Autorità riferisce sul punto che nella prassi alcune centrali di committenza avrebbero escluso l'accesso diretto alla documentazione non esaminata, concedendola solo a seguito di apposita istanza ai sensi della legge n. 241 del 1990; aggiunge tuttavia che nell'attività di revisione del bando avrebbe ritenuto preferibile l'opzione alternativa della messa a disposizione, secondo modalità dell'art. 36, comma 2, del Codice, anche della documentazione amministrativa non verificata dalla stazione appaltante, con previsione che quest'ultima debba dar conto di ciò agli offerenti indicati dalla norma. Ciò nella considerazione, per un verso, che la previsione dell'art. 36 del Codice non prevede eccezioni all'ostensione diretta in caso di inversione procedimentale e, che in mancanza di una espressa previsione di deroga, non potrebbe ammettersi l'ipotesi della riduzione della documentazione da rendere reciprocamente disponibile; e, per altro verso, che una tale soluzione sarebbe maggiormente corrispondente alla ratio dell'art. 36 del Codice di semplificazione e velocizzazione delle modalità di accesso alla documentazione di gara.

5. Ciò posto l'Autorità ha sottoposto al Consiglio di Stato i seguenti quesiti:

- a quale schema di pubblicazione in piattaforma conduca il corretto bilanciamento tra il diritto di accesso diretto tramite PAD e la tutela della riservatezza: a) ostensione in chiaro di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli relativi a categorie particolari di dati e dei dati personali relativi a condanne penali e reati; oppure b) ostensione in chiaro dei soli dati personali diversi dalle categorie particolari di dati e dei dati relativi a condanne penali e reati; oppure c) oscuramento di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli generici;

- se, a fronte del mancato coordinamento tra l'art. 36, comma 2, e l'articolo 107, comma 3, del Codice, sia corretta la previsione che l'Autorità intende riportare nel Bando tipo di prossima emanazione ovvero che, nel caso di inversione procedimentale, viene resa reciprocamente disponibile agli offerenti classificati dal secondo al quinto posto della graduatoria tutta la documentazione amministrativa, ancorché non verificata dalla stazione appaltante, e ciò al fine di semplificare e velocizzare le modalità di accesso alla documentazione di gara, in rispondenza alle previsioni di cui all'articolo 36, comma 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023.

L'Autorità ha anche precisato che le soluzioni ritenute giuridicamente percorribili saranno recepite nella versione aggiornata del Bando tipo 1/2023 e negli atti regolatori di prossima adozione

6. Con il parere interlocutorio n. 771/2025 del 29 luglio 2025 la Sezione, in considerazione della particolare delicatezza e rilevanza delle questioni prospettate, nonché delle ricadute che esse possono comportare anche sul piano giurisdizionale, e per evitare che l'esame delle stesse possa rimanere su di un piano meramente astratto, ha ritenuto opportuno attendere le conclusioni delle consultazioni che l'Autorità aveva dichiarato di aver avviato con gli stakeholder.

Ha chiesto pertanto all'Autorità, una volta concluse tali consultazioni, di rimettere un'apposta relazione illustrativa delle stesse, indicando con un'apposita e chiara tavola sinottica riepilogativa per ciascuna delle due problematiche prospettate i vari profili emersi dalle consultazioni, le possibili soluzioni proposte con le relative giustificazioni addotte; ha al contempo chiesto anche la trasmissione della copia della delibera n. 165 del 30 gennaio 2025 e del parere del Garante della Privacy del 7 febbraio 2023.

7. Con la nota prot. 111652 del 5 agosto 2025 l'Autorità ha adempiuto a quanto richiesto col citato parere.

In particolare, oltre a inviare i documenti richiesti, cioè copia della delibera n. 165 del 30 gennaio 2025 e del parere del Garante della Privacy del 7 febbraio 2023, l'Autorità – quanto agli esiti della consultazione - ha rappresentato che essa è stata avviata il 5 maggio 2025 e si è conclusa il 5 giugno 2025, precisando che alla stessa hanno partecipato 70 *stakeholders* (tra stazioni appaltanti, 28; CUC, 4, associazioni rappresentative delle stazioni appaltanti, 2, operatori economici/liberi professionisti, 12; associazioni di categoria di operatori economici, 12; dipendenti pubblici a titolo personale, n. 9; dipendenti di operatore economico a titolo personale, n. 3).

Con riferimento alla tematica dell'accesso agli atti, l'Autorità ha evidenziato che era stato chiesto agli *stakeholders* di esprimere il proprio punto di vista sull'opzione di rendere reciprocamente disponibile ai primi cinque classificati, ai sensi dell'art. 36, anche la documentazione amministrativa non verificata dalla stazione appaltante, mentre alcuna specifica sollecitazione era stata sollevata sull'oscuramento dei dati personali, trattandosi di un tema sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato. Ha aggiunto che in ogni caso *"il tenore di alcuni contributi formulati sulla questione dell'ostensione della documentazione amministrativa in caso di inversione procedimentale, lascia intendere quale sia la prassi seguita sul punto da chi ha formulato le osservazioni"*.

Con riferimento ai contributi sul tema dell'ostensione della documentazione amministrativa non verificata in caso di inversione procedimentale, l'Autorità ha rilevato che la maggior parte degli *stakeholders* hanno espresso un'opinione contraria alla opzione proposta dall'Autorità per le seguenti ragioni: a) inutilità ai fini processuali dell'ostensione della documentazione non vagliata dalla stazione appaltante, tenuto conto che sono state dichiarate inammissibili le censure sollevate con il ricorso incidentale avverso il secondo graduato nel caso in cui la Stazione appaltante non aveva esaminato e valutato la relativa documentazione (TAR Lazio, 3612/2022); b) aggravio procedimentale e conseguente allungamento dei tempi del procedimento, dovuto all'attività di oscuramento dei dati personali contenuti nella documentazione amministrativa, che la stazione appaltante sarebbe tenuta a porre in essere in conformità alla normativa sulla privacy (al riguardo l'Autorità ha osservato che tale argomentazione, sostenuta da un numero significativo di stazioni appaltanti e da ANCI, pone in evidenza che l'oscuramento dei dati personali contenuti nella documentazione amministrativa, prima della sua ostensione, rischio di incentivare il contenzioso mettendo a disposizione documenti non esaminati, le cui presunte irregolarità potrebbero essere assunte a pretesto per la proposizione di ricorsi anche nel caso in cui la posizione dell'operatore economico in questione fosse del tutto ininfluyente sull'esito della gara; d) non conformità dell'opzione proposta alla previsione dell'art. 36 che, secondo gli *stakeholders*, limiterebbe la reciproca messa a disposizione tra i primi cinque classificati alla sola offerta (art. 36, comma 2) e, secondo altri, prevederebbe l'ostensione della sola documentazione che ha rappresentato un presupposto dell'aggiudicazione escludendo, pertanto, la messa a disposizione della documentazione amministrativa di chi non è risultato primo in graduatoria (art. 36, comma 1).

Considerato.

1. Le questioni sottoposte all'esame della Sezione sono due.

1.1. La prima attiene alla problematica del corretto bilanciamento tra il diritto di accesso diretto tramite PAD e la tutela della riservatezza e cioè se, come prospettato dall'Autorità, tale bilanciamento debba condurre: a) all'ostensione in chiaro di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli relativi a categorie particolari di dati e dei dati personali relativi a condanne penali e reati; oppure b) all'ostensione in chiaro dei soli dati personali diversi dalle categorie particolari di dati e dei dati relativi a condanne penali e reati; oppure c) all'oscuramento di tutti i dati personali, ivi inclusi quelli generici.

1.2. La seconda riguarda in sostanza le modalità con cui l'Autorità intenderebbe coordinare le

disposizioni di cui all'art. 36, comma 2, e all'articolo 107, comma 3, del Codice, e cioè, nel caso di inversione procedimentale, come rendere reciprocamente disponibile agli offerenti classificati dal secondo al quinto posto della graduatoria tutta la documentazione amministrativa, ancorché non verificata dalla stazione appaltante, e ciò al fine di semplificare e velocizzare le modalità di accesso alla documentazione di gara, in rispondenza alle previsioni di cui all'articolo 36, comma 2, del decreto legislativo n. 36 del 2023.

2. Con riguardo alla prima questione la Sezione osserva che la tematica del rapporto tra accesso agli atti e tutela della riservatezza è espressamente disciplinata dagli articoli 35 (Accesso agli atti e riservatezza) e 36 (Norme procedurali e processuali in tema di accesso) del Codice.

2.1. Le disposizioni contenute nell'art. 35 delineano in maniera compiuta la disciplina dell'accesso agli atti di gara, consentendola tendenzialmente a tutti i cittadini (e quindi non solo ai concorrenti e agli operatori economici interessati ad una procedura di affidamento degli appalti pubblici), ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della l. n. 241 del 1990 e degli articoli 5 e 5 bis del d. lgs. n. 33 del 2013, indicando gli ambiti temporali entro cui l'accesso può essere esercitato e fissando altresì i casi in cui il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione può essere escluso ovvero è escluso.

2.1.1. In particolare, come si legge nella Relazione al Codice, il comma 1 dell'art. 35, nel disporre che *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”*, ha riconosciuto a tutti i cittadini (e non solo quindi ai concorrenti o agli operatori economici interessati ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico) la possibilità di richiedere, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato, la documentazione di gara nei limiti consentiti e disciplinati dagli articoli 5 e 5 bis del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 13.

E' stato così dato attuazione ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 2 aprile 2020, n. 10, secondo cui il principio di trasparenza, che rappresenta un fondamento imprescindibile della democrazia amministrativa, assicurando il buon funzionamento della pubblica amministrazione attraverso l'intellegibilità dei processi decisionali (anche con una tendenziale funzione di prevenzione di fenomeni di malcostume ed in particolare di corruzione), deve trovare applicazione a tutte le fasi dei contratti pubblici.

Mentre poi il comma 2 dell'art. 35 indica l'ambito temporale per l'esercizio del diritto di accesso dei vari documenti cui si può accedere in relazione alle singole fasi della procedura di gara ed in relazione anche ai tipi di procedura di scelta del contraente, il successivo comma 3 stabilisce in via generale il divieto di accesso e di conoscibilità degli atti, dei dati e delle informazioni *“fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei termini di cui al comma 2”*, aggiungendo che *“Per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblico servizio la violazione della presente disposizione rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale”*.

Il quarto comma dell'art. 35, dopo aver fatto espressamente salva la disciplina dei contratti secretati e di quelli la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza nonché quanto stabilito dal successivo comma 5, prevede due esclusioni del diritto di accesso: una relativa o facoltativa (lett. a) e l'altra generale e assoluta (lett. b).

Infatti, secondo quanto stabilito dalla lett. a), può essere escluso il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione a o di carattere facoltativa delle *“informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali, anche risultati da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico”*; mentre, ai sensi della lett. b), il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione è esclusa in relazione *“1) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; 2) 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; 3) alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa industriale”*.

I limiti di cui al precedente comma, secondo quanto prescrive il comma 5 dell'articolo 5, possono essere superati nelle ipotesi di cui alle lettere a) e b), numero 3, essendo consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara.

2.1.2. Con riferimento alla specifica previsione del comma 5 dell'art. 35 occorre rilevare che la Commissione Europea con lettera dell'8 ottobre 2025 ha contestato che essa viola l'art. 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE, in combinato disposto con gli artt. 50 e 55 (e gli articoli corrispondenti delle altre direttive sui contratti pubblici e cioè gli articoli 28 e 40 della direttiva 2014/23/UE e gli articoli 39, 70 e 75 della direttiva 2014/23/UE), richiamando al riguardo quanto già affermato dalla CGUE nell'ordinanza del 25 giugno 2025 in causa C – 686/24 3 nella sentenza 17 novembre 2022, Antea Polska e a. (C-54/21).

E' stato affermato dal giudice comunitario che la legislazione nazionale non può fissare autoritativamente *ex ante* la prevalenza dell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale sul diritto alla tutela delle informazioni riservate, in quanto il bilanciamento tra le esigenze coinvolte deve essere operato in concreto, caso per caso, dall'amministrazione aggiudicatrice; né d'altra parte (sentenza 17 novembre 2022) il principio del contraddittorio legittima le parti ad un diritto di accesso illimitato e assoluto del complesso delle informazioni relative ad un procedura di aggiudicazione presentate all'amministrazione aggiudicatrice, nei limiti in cui, in taluni casi, possa essere necessario non comunicare alcune informazione alle parti per salvaguardia i diritti fondamentali di un terzo.

Il dubbio sulla conformità comunitaria della disposizione interna (nel caso art. 53, comma 6, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) che, in caso di richiesta di esibizione di documentazione contenente segreti tecnici e commerciali preordinata alla tutela giurisdizionale, accordava automaticamente prevalenza al diritto all'accesso su quello alla riservatezza, senza alcun bilanciamento in concreto tra i due diritti e quindi senza tener conto delle esigenze di tutela dei

segreti tecnici o commerciali, era stato sollevato dal Consiglio di Stato con ordinanza 15 ottobre 2024, n. 8278.

La Corte di giustizia con ordinanza 10 giugno 2025, causa C-686/2024, ha ritenuto, effettivamente, che l'articolo 39 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, in combinato disposto con gli articoli 70 e 75 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una disciplina nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici che richiede che l'accesso alla documentazione contenente segreti tecnici o commerciali trasmessa da un offerente sia concesso a un altro offerente, qualora tale accesso sia necessario al fine di garantire il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di quest'ultimo nell'ambito di una procedura connessa all'aggiudicazione dell'appalto, senza che tale disciplina consenta agli enti aggiudicatori di procedere a un bilanciamento tra tale diritto e le esigenze relative alla tutela dei segreti tecnici o commerciali (in tal senso Cons. Stato, IV, 4 giugno 2025, n. 4857; sez. V, 4 settembre 2025, n. 7201; 18 dicembre 2025, n. 9278).

2.1.3. Resta da aggiungere per completare la disamina dell'art. 35 che il comma 5-bis, introdotto dall'11, comma 1, lett. b, del d. lgs. 31 dicembre 2024, n. 209, a decorrere dal 31 dicembre 2024, ha stabilito che *“in sede di presentazione delle offerte, gli operatori economici trasmettono alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti il consenso al trattamento dei dati tramite il fascicolo virtuale dell'articolo 24, nel rispetto di quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante e dell'ente concedente del possesso dei requisiti di cui all'articolo 99, nonché per le altre finalità previste dal presente codice”*.

2.2. L'articolo 36 (Norme procedimentali e processuali in tema di accesso) contiene due serie di norme: quelle dei primi tre commi che hanno carattere sostanziale/procedimentale; quelle dei commi da 4 a 9 di natura processuale; nella presente sede interessano le disposizioni sostanziali/procedimentali.

2.2.1. Il primo ed il secondo comma, sia pur definiti dalla rubrica come norme procedurali, in realtà definiscono l'applicazione in concreto (in ogni singola procedura di affidamento) del principio generale del diritto di accesso fissato dal primo comma dell'art. 35 relativamente a tre specifiche categorie di soggetti: l'operatore economico risultato aggiudicatario, i candidati e offerenti non definitivamente esclusi, gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti della graduatoria.

Il primo comma infatti prevede che *“l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti dell'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale... a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90”*; il secondo comma aggiunge che *“agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate”*.

La automatica messa a disposizione per tutti i candidati e gli offerenti non definitivamente esclusi dell'offerta dell'operatore economico aggiudicatario unitamente ai verbali e agli atti, dati e informazioni presupposti dell'aggiudicazione attribuisce al principio di trasparenza non solo la funzione della immediata conoscibilità del contenuto dell'offerta per la finalità di controllo dell'operato dell'amministrazione, anche come misura anti corruzione, ma in relazione al procedimento di affidamento risponde all'esigenza di evitare aggravamenti e rallentamenti che deriverebbero dall'eventuale instaurazione di richieste di accesso agli atti e dalla conseguente esposizione dell'amministrazione aggiudicatrice ad un'attività defatigante di selezione degli atti richiesti dagli interessati, attività, che anche a prescindere dai suoi possibili risvolti giurisdizionali, ritarderebbe il momento della stipula del contratto e dell'avvio dei lavori o del servizio o della fornitura: sotto tale profilo pertanto la previsione del primo comma può essere considerata una ulteriore misura che, attraverso il principio della trasparenza, tutela l'interesse pubblico finale identificabile nella causa concreta del contratto oggetto del procedimento di affidamento.

La immediata reciproca messa a disposizione degli stessi documenti relativi agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti della graduatoria della gara di affidamento consente poi agli stessi (che secondo una valutazione discrezionale, ma non illogica o irragionevole operata dal legislatore del Codice - e basata del tutto verosimilmente sull'*id quod plerumque accidit* - sono coloro che tendenzialmente hanno o possono avere un interesse immediato e diretto all'eventuale impugnazione dell'esito del procedimento di aggiudicazione) di poter immediatamente e soprattutto consapevolmente valutare la necessità del ricorso alla tutela giurisdizionale dei propri interessi, senza dover avviare il procedimento di accesso agli atti che l'esperienza anche giurisdizionale si dimostra non sempre lineare, ma spesso defatigante e tortuoso: sotto tale profilo, la previsione del secondo comma attribuisce al principio di trasparenza, così declinato, una funzione che anche stavolta supera il fine della mera conoscenza degli atti, tendendo in sostanza non solo a mettere l'operatore economico interessato in condizione di poter prontamente ed efficacemente contestare innanzi al giudice la correttezza del procedimento, ma anche al giudice di poter decidere altrettanto prontamente e nella tendenziale completezza istruttoria la controversia: il tutto sempre nella prospettiva dell'interesse pubblico finale della stipula del contratto e del conseguimento per la pubblica amministrazione e per la collettività dell'oggetto del contratto cui si riferisce il procedimento.

2.2.2. Corollario di questa complessa stratificazione di interessi pubblici e privati è la previsione del comma 3 dell'articolo 36 che impone alla stazione appaltante o all'ente concedente di dare atto nell'atto di aggiudicazione delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte indicate dagli operatori ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a): rispetto alla platea di coloro indicati dai primi due commi dell'art. 36 come immediati e particolari destinatari di uno specifico diritto di accesso (aggiudicatario, candidati e offerenti non definitivamente esclusi, operatori economici collocati nei primi cinque posti della graduatoria della procedura di affidamento) non vi può essere alcun elemento o informazione che non sia immediatamente conoscibile e se per essi può esservi una ragione di esclusione, nel caso di specie a tutela di "segreti tecnici o commerciali, anche risultanti da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico", la ragione deve essere conosciuta (ovvero deve essere conosciuta anche la motivazione che, secondo l'amministrazione appaltante o l'ente concedente, non giustifica

l'oscuramento richiesto).

2.3. In sintesi la disciplina dell'accesso agli atti di gara delineata dal nuovo Codice prevede: a) un accesso (in qualche modo speciale) integrale ex art. 36, commi 1 e 2, sostanzialmente a tutti gli atti di gara, ai candidati o offerenti non definitivamente esclusi e ai primi cinque concorrenti in graduatoria, con l'unica eccezione dell'eventuale oscuramento dell'offerta tecnica o di parte dell'offerta tecnica conseguente ad una specifica richiesta dell'operatore economico; tali categorie di soggetti sono legittimati *ex lege* all'accesso, indipendentemente da una specifica richiesta e dall'esposizione di un interesse concreto e attuale all'ostensione, anche tale interesse essendo stato una volta per tutti considerato prevalente ed esistente *ex ante* dal legislatore; b) un accesso ordinario, ex art. 35, per tutti i soggetti diversi da quelli indicati dai commi 1 e 2 dell'art. 36, per i quali valgono le regole generali e i limiti di cui agli articoli 5 e 5-bis del D. Lgs. n. 33 del 2013 e 22 e seguenti della l. n. 241/1990 (in tali sensi sostanzialmente, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2025, n. 1353; 24 giugno 2025, n. 5547).

2.4. Sulla base di quanto fin qui osservato la prima questione può risolversi nel senso che quanto ai documenti messi a disposizione sulla piattaforma digitale non vi è ragione di oscurare alcun dato, notizia o informazione, salvo in tutto o in parte l'offerta tecnica per la quale l'operatore abbia indicato le relative ragioni e le stesse siano state accolte (ex art. 35, comma 4, lett. a) e art. 36, comma 3).

La strumentalità e l'indispensabilità di tali documenti per quei soggetti e la prevalenza dell'interesse pubblico all'accesso rispetto alla tutela degli altri interessi (privacy in particolare e ferma la particolarità della tutela dei segreti tecnici e commerciali, come accennato), risulta essere stata stabilita una volta per tutte *ex ante* dal legislatore.

Si tratta di una scelta (e di un bilanciamento) che non appaiono illogici, irragionevoli o arbitrari perché è funzionale anche a rendere spedita, efficace ed economica l'azione amministrativa, alleggerendola degli eventuali appesantimenti e aggravamenti connessi alle singole richieste di accesso da parte degli operatori; ad evitare agli operatori economici una attività defaticante ed anti-economica di ricerca e selezione degli atti eventualmente da impugnare e infine a consentire una altrettanto pronta e completa risposta di giustizia alle eventuali domande degli operatori economici interessati, il tutto per conseguire quanto più rapidamente possibile (nei tempi preventivati) il bene che costituisce l'oggetto della causa del contratto della cui procedura di affidamento si tratta.

Tale conclusione (e cioè la sostanziale correttezza e conformità delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 36 anche alla normativa europea di settore) trova conferma, indiretta, ma autorevole, nella stessa lettera della Commissione Europea all'Italia dell'8 ottobre 2025 che, proprio esaminando la nuova disciplina dei contratti pubblici e di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e del relativo decreto correttivo di cui al d. lgs. 31 dicembre 2024, n. 2024), ha contestato la non conformità alla normativa europea solo dell'art. 35, comma 4 (cfr. precedente par. 2.1.2).

3. La seconda questione concerne le modalità del diritto di accesso nel caso di inversione procedimentale di cui all'articolo 107, comma 3, del Codice ed in particolare di come in tal caso possa darsi applicazione alle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 36.

3.1. L'inversione procedimentale (prevista dall'articolo 56, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici per i settori ordinari e dall'articolo 76, paragrafo 7, della direttiva 2014/25/UE per i settori speciali, introdotto per la prima volta dall'art. 133, comma 3, del d. lgs. 50 del 2016 per i soli appalti dei settori speciali, e poi esteso ai settori ordinari prima dalla legge l. n. 55 del 2019, di conversione del d.l. n. 32 del 2019, prima fino al 31 dicembre 2020, scadenza successivamente prorogata fino al 31 dicembre 2013 e quindi definitivamente ammesso dal Codice) dà vita ad una alterazione dell'ordinario procedimento di affidamento dei contratti nelle procedure aperte.

In estrema sintesi la procedura ordinaria prevede innanzitutto l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, che riguarda il possesso da parte degli operatori economici dei requisiti di partecipazione alla gara): si procede alla verifica di tale documentazione e, nel caso essa sia irregolare o incompleta, viene attivato il soccorso istruttorio; all'esito della verifica vengono esclusi i concorrenti che non hanno presentato documentazione idonea a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. Successivamente si aprono le buste contenenti le offerte dei concorrenti rimasti in gara e, in base al valore delle offerte economiche presentate e al numero degli offerenti, si calcola la soglia di anomalia; escluse le offerte anomale, si procede alla formazione della graduatoria, alla predisposizione della proposta di aggiudicazione e alla verifica del possesso dei requisiti in capo al soggetto individuato quale miglior offerente e, superata positivamente tale verifica, si addiviene al provvedimento di aggiudicazione.

A tale scansione procedimentale la stazione appaltante può derogare ai sensi dell'art. 107, comma 3, d. lgs. n. 36 del 2023 avvalendosi proprio del meccanismo dell'inversione procedimentale per effetto del quale le offerte dei concorrenti sono esaminate prima della verifica della documentazione comprovante l'idoneità a partecipare alla gara.

L'inversione procedimentale è finalizzata a conseguire la riduzione della durata delle procedure di aggiudicazione nelle procedure aperte e costituisce perciò una misura di snellimento e agevolazione della procedura che deve essere autonomamente scelta dalla stazione appaltante in applicazione del principio di responsabilità (altro principio cardine del Codice): è infatti l'Amministrazione a dover decidere in ragione della concreta procedura, dell'oggetto del contratto da affidare e – si può aggiungere – della propria specifica esperienza operativa se utilizzare tale istituto, ferma la necessità di garantire che *“...la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente”*.

3.2. La conseguenza dell'inversione procedimentale è che nel momento in cui si addiviene all'aggiudicazione le buste contenenti la documentazione amministrativa non sono state ancora aperte (il momento di valutazione delle offerte è anteposto a quello della verifica della documentazione amministrativa).

L'immediata conoscibilità e le specifiche finalità – sopra accennate – cui sono ispirate le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 36 del Codice non sono logicamente e giuridicamente predicabili per l'ipotesi in cui l'amministrazione appaltante abbia deciso di avvalersi dell'inversione procedimentale.

Tra le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 36 e del comma 3 dell'art. 107 vi è in definitiva un rapporto di assoluta incompatibilità escludente: le prime postulano l'ordinata scansione del procedimento ordinario; la seconda presuppone una deviazione, ancorché consentita, del procedimento ordinario; l'utilizzazione dello strumento dell'inversione procedimentale esclude di per sé il completo ed integrale accesso agli atti di gara per la semplice, ma decisiva, ragione che la documentazione per effetto della quale si è addivenuti all'aggiudicazione in parte non esiste.

3.3. Il fatto che non sia stato previsto un coordinamento tra le due discipline non appare allora una mancanza o una dimenticanza del Codice, ma è una conseguenza logica, ancor prima che giuridica, della delineata incompatibilità ed impossibilità di allineare i due diversi procedimenti di affidamento in questione, quello ordinario e quello caratterizzato dall'inversione procedimentale.

Proprio questa incompatibilità sembra escludere che, pur nella loro autonomia organizzativa, le stazioni appaltanti possano in qualche modo dar vita e regolamentare - anche per l'ipotesi dell'utilizzo dell'inversione procedimentale - istituti o procedimenti che consentano l'immediato accesso alla parziale ed incompleta documentazione che ha dato luogo alla individuazione dell'aggiudicatario. Oltre alla più generale considerazione che una simile ipotesi, dando luogo ad una congerie di innumerevoli e particolari norme diverse tra di loro per ogni singola stazione appaltante, frusterebbe in radice la stessa finalità del Codice di creare una disciplina sostanzialmente unitaria e coerente, necessaria non solo per le stazioni appaltanti, ma anche per gli stessi operatori economici (sotto il profilo della certezza ed univocità delle regole delle procedure di affidamento) ed ingesserebbe, aggravandolo, il procedimento di affidamento (ponendosi così in contrasto con le dichiarate finalità della disciplina codicistica), sembra di poter affermare che un simile potere di creare norme di rango secondario, sostanzialmente modificative o innovative della disciplina codicistica non sia prevista, né ammissibile (oltre che, come accennato, sistematicamente sconsigliabile).

3.4. Se la preoccupazione che è alla base del quesito è - come sembra - quello di garantire - anche nel caso dell'inversione procedimentale - l'accesso agli atti di gara, la soluzione è da rinvenirsi nelle stesse disposizioni codicistiche.

Invero, come si è avuto modo di delineare, la specifica previsione di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 36 presuppone la scansione procedimentale propria ed esclusiva dell'ordinario procedimento di affidamento: è rispetto a quello che, verificandosi la completezza documentale della procedura di gara, è predicabile, utile e necessaria la immediata disponibilità degli atti di gara da parte degli operatori non definitivamente esclusi e dei primi cinque operatori collocati in graduatoria.

Nell'ipotesi in cui il procedimento di gara sia stato caratterizzato dalla inversione procedimentale, in assenza di alcuna valutazione da parte della stazione appaltante, la documentazione amministrativa non ha trovato ingresso nella sequenza procedimentale conclusasi con l'aggiudicazione della gara. La presenza dei concorrenti in graduatoria dipende dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura e dal punteggio attribuito alle offerte, rimanendo la documentazione amministrativa estranea a questa fase

procedurale. Il che, esclude di anticipare la conoscenza di documenti che non sono stati ancora esaminati dalla stazione appaltante.

P.Q.M.

In tali sensi è il parere della Sezione.