

3 GENNAIO 2018

La trasparenza negli appalti pubblici,
tra obblighi di pubblicazione e
pubblicità legale

di Anna Corrado
Magistrato del T.A.R. Campania



La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale *

di Anna Corrado

Magistrato del T.A.R. Campania

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Il regime di pubblicità in materia di contratti pubblici. **2.1.** La pubblicità che produce effetti legali. **2.2.** La pubblicità degli atti di gara nella sezione “Amministrazione trasparente”. **3.** L’obbligo di pubblicare i provvedimenti di ammissione e di esclusione: pubblicità legale o pubblicità ai fini della trasparenza? **4.** Le ulteriori modifiche operate con il d. lgs. 56/2017 al regime di pubblicità nei contratti pubblici. **5.** Verso il superamento dell’albo on line?

1. Introduzione

La trasparenza è, nell’ambito della moderna visione dell’amministrazione, un valore portante e necessario dell’ordinamento¹, un modo di essere e di agire dell’amministrazione che assume un fondamentale rilievo anche come strumento di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione.

La trasparenza, quindi, non rappresenta solo il fine cui tendere, ma un efficace strumentario per una amministrazione che operi in maniera eticamente corretta e che persegua obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione valorizzando *l’accountability* nei rapporti con i cittadini²

Nella materia dei contratti la trasparenza è tra i principi cardine dell’*agere* amministrativo, un “faro” da tenere sempre acceso sulle procedure, un portentoso “lubrificante” che può consentire alla macchina amministrativa un perfetto incedere. Nell’ambito di questo specifico settore essa realizza, attraverso norme e adempimenti all’uopo previsti, la conoscibilità e la comprensibilità delle procedure finalizzate a realizzare imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa e a far comprendere le scelte rivolte alla cura dell’interesse generale.

L’obiettivo di questo lavoro è l’analisi del regime della trasparenza e della pubblicità in materia di contratti pubblici alla luce sia del “decreto trasparenza”³, d. lgs. 33/2013, che della nuova disciplina recata dal codice dei contratti pubblici, d. lgs. 50/2016, per come modificato dal d. lgs. 56/2017.

Saranno quindi individuati i nuovi adempimenti posti a carico delle amministrazioni, intesi a rendere i relativi procedimenti più partecipati e “trasparenti” e le regole in tema di pubblicità degli atti di gara,

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità. Trasparenza e imparzialità*, in *Codice dell’azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2017;

² cfr. Delibera Civit n. 72/2013

³ D. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97

senza tralasciare di evidenziare le criticità e i problemi che la nuova disciplina pone rispetto al sistema nel quale è innestata, con riguardo proprio agli obblighi di pubblicazione posti a carico degli enti aggiudicatori dal codice dei contratti. Il nuovo regime di pubblicità introdotto da quest'ultima disciplina, infatti, non sembra tenere adeguatamente in considerazione le diverse finalità cui tendono i differenti obblighi di pubblicità previsti in *subiecta* materia, finendo per creare qualche confusione sia negli adempimenti sia negli effetti previsti.

La trasparenza non è solo un principio “proclamato”, una sorta di “petizione di principio” buona per tutte le stagioni, ma si traduce in una serie di strumenti che consentono in concreto ai cittadini di conoscere il *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad essi equiparati. In tal senso, da una parte va considerato il diritto di accesso ai documenti, (disciplinato dagli artt. 22 e ss. della legge 241/1990 e dall'art. 53 del d. lgs. 50/2016) che consente ai soggetti titolari di un particolare interesse di accedere agli atti di gara al fine di tutelare la propria sfera giuridica; a questa oramai tradizionale modalità di accesso ai documenti si è affiancato, di recente, l'accesso civico “c.d. generalizzato”⁴, che consente a tutti i cittadini di avere contezza di atti amministrativi senza che sia richiesta alcuna legittimazione, accesso da assicurarsi nel rispetto degli interessi pubblici e privati previsti per legge che tuttavia ne segnano i limiti.

Dall'altra va anche tenuto conto che la trasparenza nel settore dei contratti pubblici è attuata a mezzo di specifici obblighi di pubblicazione a carico delle pubbliche amministrazioni con riguardo alle procedure bandite, e ciò al fine “di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”⁵, ponendosi in concreto anche come misura di prevenzione della corruzione.

2. Il regime di pubblicità in materia di contratti pubblici.

Gli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici a fini di trasparenza si rinvergono dalla lettura combinata di due importanti norme: l'art. 37 del d. lg. 14 aprile 2013, n. 33, per come modificato dal d. lg. 25 maggio 2016, n. 97 proprio in tema di obblighi di pubblicità a fini di trasparenza e l'art. 29 del d. lg. 18 aprile 2016, n. 50 (come ora modificato dal d. lg. 56/2017).

L'art. 37, comma 1, dispone, con riguardo agli obblighi di pubblicità in materia di appalti, che “*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: a) i dati previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190; b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”.

⁴ L'accesso civico generalizzato si ispira al Freedom of information Act (FOIA) applicato nei paesi anglosassoni ed è disciplinato dagli artt. 5 e 5 *bis* del d. lgs. 33/2013, introdotto con l'art. 6 del d. lgs. 97/2013.

⁵ Cfr. art. 1, comma 1, del d. lgs. 33/2013.

Il primo dato da rilevare, che emerge da una lettura piana della norma, è la finalità che assolve la pubblicità come disciplinata dall'articolo 37, una pubblicità che potrebbe essere definita di tipo “informativo/conoscitivo”, rivolta a tutti i cittadini e intesa ad assicurare la trasparenza nel settore degli affidamenti pubblici in ragione della rilevanza che gli stessi assumono nell'ambito delle attività amministrative, considerato, tra l'altro, che i contratti pubblici si attestano tra le attività amministrative a maggiore rischio di corruzione.

Il regime di trasparenza dettato dall'articolo 29 del codice dei contratti, rubricato “*Principi in materia di trasparenza*”, invece, oltre ad integrare gli obblighi di pubblicazione per come previsti dal citato articolo 37 e quindi ad incrementare il livello di trasparenza nel settore, introduce, in verità, nuovi adempimenti che vanno inquadrati non tanto nell'ambito della pubblicità che si è definita di tipo conoscitivo e di controllo, ma piuttosto nell'ambito degli obblighi di pubblicità deputati a produrre effetti legali, per come meglio si dirà da qui a breve.

2.1. La pubblicità che produce effetti legali.

Deve, preliminarmente, chiarirsi che gli obblighi di pubblicazione che attualmente caratterizzano l'area dei contratti pubblici di appalti e concessione, dopo il decreto 33/2013 che ha introdotto nuovi obblighi di pubblicità, di trasparenza e di diffusione di informazioni a carico delle pubbliche amministrazioni, è di due tipi (come tra l'altro premette anche l'incipit del richiamato art. 37, che espressamente mantiene “*fermi ... gli obblighi di pubblicità legale*”): la pubblicità degli atti di gara rivolta a produrre effetti legali, che si realizza con la pubblicazione degli atti nella sezione dei siti istituzionali con funzione di albo pretorio o di albo on line e la pubblicità che, invece, viene assicurata nell'ambito della sezione “Amministrazione trasparente”⁶ dei siti istituzionali delle amministrazioni, con lo scopo di informare i cittadini relativamente alle procedure di gara bandite, la tipologia di opere servizi e forniture oggetto delle procedure di gara e i costi degli affidamenti medesimi al fine, per come detto sopra e per come prescrive la norma richiamata, di favorire quel controllo diffuso che è alla base del principio della trasparenza amministrativa, e quindi di assicurare la trasparenza nel settore considerato.

Le specifiche disposizioni sulla pubblicità degli atti di gara contenute nel codice dei contratti (es. per avvisi, bandi), invece, costituiscono prescrizioni inderogabili ai fini della validità della procedura indetta

⁶ L'art. 9, comma 1, del d. lgs. 33/2013 prevede che “*Ai fini della piena accessibilità delle informazioni pubblicate, nella home page dei siti istituzionali è collocata un'apposita sezione denominata «Amministrazione trasparente», al cui interno sono contenuti i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente. Al fine di evitare eventuali duplicazioni, la suddetta pubblicazione può essere sostituita da un collegamento ipertestuale alla sezione del sito in cui sono presenti i relativi dati, informazioni o documenti, assicurando la qualità delle informazioni di cui all'articolo 6....*”.



e consentono l'applicazione dei fondamentali principi inerenti le procedure per il relativo affidamento, quali la trasparenza, la pubblicità, la libera concorrenza e la par condicio dei partecipanti⁷.

Sul sito istituzionale delle amministrazioni si rinvencono, quindi, necessariamente almeno due sezioni nelle quali sono pubblicati gli atti e le informazioni relative a una procedura di gara, con finalità diverse e assoggettate a tempi diversi: la prima denominata "albo pretorio on line", oppure "avvisi e bandi" che svolge la funzione di albo on line e assicura la produzione degli effetti legali (c.d. profilo del committente⁸) e la seconda denominata "Amministrazione trasparente" che assicura trasparenza all'operato dell'amministrazione.

Relativamente al regime di pubblicità degli atti rivolto a produrre effetti legali, va in primo luogo richiamata la disciplina introdotta dall'art. 32 della legge 69/2009, secondo cui "*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 della l. 69/2009 è stato emanato, con particolare riguardo ai contratti, il d.P.C.M. 26 aprile 2011 che stabilisce le modalità di pubblicazione nei siti informatici delle amministrazioni e degli enti pubblici, ovvero di loro associazioni, degli atti e dei provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica. Il detto decreto ha previsto, all'art. 4, che le amministrazioni aggiudicatrici devono pubblicare i bandi, gli avvisi e gli esiti di gara sul profilo del committente in una apposita sezione dedicata, denominata «Bandi di gara», direttamente raggiungibile dalla home page, facilmente consultabile.

Questo tipo di pubblicità è finalizzata ad assicurare presunzione di conoscenza degli atti pubblicati e a produrre gli effetti giuridici cui è preordinata; pubblicità che comporta, ad esempio, il decorrere dei termini per la partecipazione alla gara ovvero per l'impugnazione degli atti della procedura davanti al giudice competente.

Si comprende bene, quindi, l'importanza di tale pubblicità per gli atti inseriti in questa sezione (Bandi di gara o albo on line), proprio ai fini della legittimità ed efficacia delle procedure di gara. Incombe peraltro sul soggetto interessato a partecipare ovvero che ha partecipato alla procedura, l'onere di consultare tale sezione del sito informatico al fine di conoscere quali siano le procedure indette dall'amministrazione, i termini di scadenza per la presentazione delle offerte e tutti gli atti di interesse.

⁷ Cfr. sul punto commento all'art. 72 di C. GUACCI in *Codice de Contratti Pubblici* a cura di G. ESPOSITO, Utet Giuridica, 2017

⁸ Il «profilo di committente» è il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato V; vedi art. 3, comma 1, lett. nnn) del d. lgs. 50/2016.

Il d. lgs. 50/2016 ha previsto all'art. 73, per quanto concerne il regime di pubblicità degli avvisi e dei bandi (oltre al regime di pubblicità in ambito comunitario, art. 72), ai commi 4 e 5 che “ *Fermo restando quanto previsto all'articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d'intesa con l'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono definiti gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Il predetto decreto individua la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato..... Fino alla data indicata nel decreto di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 11.*

5. Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC”.

Il richiamato articolo 216, comma 11 del codice dei contratti ha previsto, quale regime transitorio che “*Fino alla data indicata nel decreto di cui all'articolo 73, comma 4, gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti..... Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 73, comma 4, si applica altresì il regime di cui all'articolo 66, comma 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163....”*

Al fine di individuare l'attuale regime di pubblicità degli atti di gara, oltre al d. lgs. 50/2016 deve considerarsi, quindi, il recente D.M. dello scorso 2 dicembre, adottato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in attuazione dell'art. 73, comma 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con il quale sono definiti gli “*indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.*

Detti indirizzi sono fissati al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità⁹.

⁹ L'art. 1 del D.M. 2/12/2016 dispone che “1. Il presente decreto, in attuazione dell'art. 73, comma 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, definisce gli indirizzi generali di pubblicazione al fine di garantire la certezza della data di pubblicazione e adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità, anche con l'utilizzo della stampa quotidiana maggiormente diffusa nell'area interessata. Il decreto individua, altresì, la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato.”

Vengono, quindi, individuati i termini per la pubblicazione degli avvisi e bandi sulla piattaforma ANAC (regime non ancora entrato in vigore) e, non oltre due giorni lavorativi successivi alla pubblicazione sulla piattaforma ANAC, sul «profilo di committente» con l'indicazione della data e degli estremi di pubblicazione sulla stessa piattaforma.

Il comma 6 del menzionato art. 2 dispone anche che *“Fino alla data di funzionamento della piattaforma ANAC...gli avvisi e i bandi di gara, sono pubblicati con i medesimi termini di cui al comma 1 nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti con esclusione degli avvisi e bandi di gara relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro che, fino alla medesima data, sono pubblicati nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori. Fino alla medesima data, gli effetti giuridici di cui all'[art. 73, comma 5, del codice](#) continuano a decorrere dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, per gli appalti di lavori di importo inferiore a euro 500.000, a decorrere dalla pubblicazione nell'albo pretorio del comune dove si eseguono i lavori. Fino alla data di cui al primo periodo del presente comma, per le finalità di cui all'art. 29 del codice, i bandi e gli avvisi sono pubblicati, entro i successivi due giorni lavorativi dalla pubblicazione avente valore legale, sulla piattaforma informatica”*.

Infine, l'art. 5, comma 1 del citato D.M. prevede che *“Gli effetti giuridici che il presente decreto o le norme processuali vigenti annettono alla data di pubblicazione al fine della decorrenza di termini, derivano solo dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle relative date in cui la pubblicità obbligatoria ha luogo. Le stazioni appaltanti e le centrali di committenza possono prevedere forme aggiuntive di pubblicità diverse da quelle di cui al presente decreto”*.

Per completezza deve anche considerarsi l'art. 36, comma 9 del codice degli appalti che, in tema di contratti sotto soglia, dispone che *“..... I bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5, del citato articolo. Fino alla data di cui all'articolo 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori”*.

Dal quadro normativo delineato emerge quindi che, in disparte la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale o sulla piattaforma dell'ANAC, la decorrenza degli effetti giuridici è legata alla pubblicazione degli atti in questione sul profilo del committente e, in particolare per gli appalti di lavori inferiori all'importo di 500 mila euro, alla pubblicazione che deve avvenire sull'albo pretorio on line o sulla sezione del sito istituzionale allo stesso equiparato.

2.2. La pubblicità degli atti di gara nella sezione “Amministrazione trasparente”

Diversa è, invece, come anticipato sopra, la pubblicità degli atti prevista al fine di assicurare la trasparenza dell'attività dell'amministrazione, di cui all'art. 37 del d. lgs. 33/2013, norma che impone la pubblicazione nella sottosezione “Bandi di gara e contratti” di “Amministrazione trasparente”, relativamente a ciascuna procedura di gara, di una serie di dati e di informazioni (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), per come individuati dall'art. 1, comma 32 della legge 190/2012.

In generale, con la pubblicazione di questi ultimi dati non si producono, quindi, effetti legali, ma si fa in modo che i cittadini vengano a conoscenza delle procedure di appalti espletate dalle amministrazioni e dei costi delle stesse.

Gli obblighi di pubblicazione degli atti di gara a mezzo di “Amministrazione trasparente” non si esauriscono, comunque, con la sola pubblicazione dei dati individuati con il citato art. 1, comma 32 della legge anticorruzione, in quanto l'articolo 37 del d. lgs. 33/2013 impone la pubblicazione anche degli atti e delle informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, risultando necessaria, come già detto, una lettura combinata delle due discipline (decreto sulla trasparenza e codice appalti) al fine di ben individuare l'ambito oggettivo disposto dal decreto trasparenza.

Nell'ambito del nuovo codice dei contratti la norma che disciplina la trasparenza e individua gli obblighi di pubblicazione è l'art. 29, che aggiunge ulteriori obblighi di pubblicità a quelli previsti dal ricordato art. 1, comma 32, della legge 190/2012, con la previsione della pubblicazione nella sezione Amministrazione trasparente di *“tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alle 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”*. Sebbene specifichi che detta pubblicazione deve avvenire *“con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”*, la disposizione non chiarisce, in verità, quali siano gli atti da pubblicare e cioè se siano comunque solo quelli di cui al comma 32 della legge 190/2012 (già sopra elencati) oppure tutti gli altri atti della procedura nei limiti di quelli conoscibili solamente mediante richiesta di accesso ai documenti, ex art. 53 del d. lgs. 50/2016¹⁰.

¹⁰ Il riferimento all'art. 53 del d. lgs. 50/2016 è stato inserito nell'ambito dell'art. 29 del codice degli appalti solo con il Comunicato del Governo del 15 luglio 2016..

Al fine di individuare i dati da pubblicare, attesa la genericità del dato normativo di cui al menzionato art. 29, l'A.N.AC., con la delibera n. 1310 del 28 dicembre 2016¹¹, ha provveduto ad individuare gli atti oggetto di pubblicazione, tra cui figurano gli avvisi di preinformazione, i bandi e gli avvisi di gara, la delibera a contrarre, l'elenco degli atti relativi ad affidamenti diretti o affidamenti *in house*, i provvedimenti di esclusione o di ammissione nonché l'elenco dei verbali di gara.

L'art. 29 prevede poi l'obbligo di pubblicare i nomi dei componenti delle commissioni giudicatrici e i curricula dei suoi componenti; infine, i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

I dati, documenti e informazioni pubblicati nell'ambito della sezione "Amministrazione trasparente" sono assoggettati al particolare regime previsto dagli artt. 7 e ss. del d. lgs. 33/2013. I dati pubblicati sui siti devono essere completi, aggiornati, tempestivi, di semplice consultazione, comprensibili, omogenei, di facile accessibilità e riutilizzabili. Ancora, essi devono essere pubblicati in formato aperto e cioè, a norma dell'art. 68 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale*¹², devono essere accessibili da chiunque da reti telematiche pubbliche o private e devono essere disponibili gratuitamente.

I dati personali, diversi dai dati sensibili e dai dati giudiziari, possono essere pubblicati nei siti istituzionali in modo che ne sia consentita la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web; il loro riutilizzo deve avvenire nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali. Le amministrazioni non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte a impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione "Amministrazione Trasparente" (d. lgs. 33/2013, art. 9, comma 1°).

¹¹ Delibera A.N.AC. n. 1310 del 28 dicembre 2016 recante «*Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*». Questa delibera sostituisce la precedente delibera CIVIT n. 50/2013.

¹² In base all'art. 68, comma 3 del d. lgs. 82/2005 si intende per:

- a) formato dei dati di tipo aperto, un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi;
- b) dati di tipo aperto, i dati che presentano le seguenti caratteristiche:
 - 1) sono disponibili secondo i termini di una licenza che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque (422), anche per finalità commerciali, in formato disaggregato;
 - 2) sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti ai sensi della lettera a), sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati;
 - 3) sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione, salvo i casi previsti dall'articolo 7 del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, e secondo le tariffe determinate con le modalità di cui al medesimo articolo.

Nel caso in cui le amministrazioni decidano di pubblicare dati, informazioni e documenti ulteriori rispetto a quelli per i quali hanno l'obbligo di pubblicazione, possono farlo anonimizzando gli eventuali dati personali presenti.

Quanto alla durata della pubblicazione dei dati nella sezione "Amministrazione trasparente", l'art. 8 del d. lgs. 33/2013 contiene la regola generale secondo cui i dati, i documenti e le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria sono pubblicati per un periodo di cinque anni, decorrente dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello in cui sorge l'obbligo di pubblicazione, e comunque fino a che gli atti pubblicati producono i loro effetti, fatti salvi i diversi termini posti nello stesso decreto. Al termine di questo periodo, i dati saranno ancora conoscibili mediante richiesta di accesso civico, per cui non dovranno più essere conservati, come prevedeva il decreto 33/2013 prima della novella introdotta dal d. lgs. 97/2016, nella sezione "Archivio".

3. L'obbligo di pubblicare i provvedimenti di ammissione e di esclusione: pubblicità legale o pubblicità ai fini della trasparenza?

Come chiarito va, quindi, tenuta distinta la pubblicità che si effettua sui siti istituzionali, che ha come scopo quello di rendere conoscibile l'attività delle amministrazioni e favorire il controllo da parte dei cittadini e ciò appunto con la pubblicazione di dati sul sito "Amministrazione trasparente", dalla pubblicità che produce effetti legali, pubblicità quest'ultima che, pur effettuata sul sito istituzionale (albo pretorio on line o tramite sezioni predisposte ad hoc denominate ad esempio "avvisi e bandi" o "bandi di gara"), assicura la presunzione di conoscenza degli atti pubblicati, realizzandosi la produzione degli effetti di legge a partire dalla loro pubblicazione¹³.

Individuare la finalità della misura di pubblicità che deve essere assicurata è importante perché da essa dipendono il regime giuridico applicabile, il luogo telematico da utilizzare e i tempi di pubblicazione degli atti.

Attesa le diverse finalità della pubblicità degli atti riguardanti le procedure di gara e considerate le due differenti sezioni presenti sul sito istituzionale, si pone ora il problema di esaminare la disciplina introdotta con l'art. 29, comma 1, del codice dei contratti, che sembra non tenere in considerazione la specificità delle due sezioni.

¹³ Il Garante per la protezione dei dati personali con la delibera 243 del 15 maggio 2014, recante "Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati", ha chiarito che tutte le ipotesi di pubblicità non riconducibili a finalità di trasparenza, qualora queste comportino una diffusione di dati personali, sono escluse dall'oggetto del decreto 33/2013 e dall'ambito di applicazione delle relative previsioni e, in particolare, non trovano applicazione la disciplina dell'accesso civico, la regola dell'indicizzazione e del riutilizzo dei dati, il termine di durata della pubblicazione.

In primo luogo va richiamato il primo periodo dell'articolo 29 il quale dispone che *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle 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, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”*.

In ragione di quanto sopra rilevato, questo tipo di adempimento, e cioè la pubblicazione di tutti gli atti di gara predisposti dalle amministrazioni, dovrebbe rispondere all'esigenza di assicurare maggiore trasparenza alla procedura di gara (come la stessa rubrica della norma evoca facendo riferimento a *“principi in materia di trasparenza”*), integrando gli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 37, del d. lgs. 33/2013, la cui individuazione effettiva, fatta eccezione per i documenti per la cui conoscenza è richiesta una particolare legittimazione, risulta anche dalla menzionata delibera ANAC n. 1310/2016.

L'art. 29, poi, continua stabilendo che *“al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”*.

Tralasciando in questa sede ogni considerazione di merito relativamente alla disciplina introdotta, rivolta a deflazionare il contenzioso in materia di contratti pubblici ¹⁴e limitandoci solo a considerare il previsto regime di pubblicità, questo non sembra rispondere tanto a una esigenza di trasparenza quanto piuttosto finalizzato a produrre effetti legali, orientato cioè a consentire la conoscenza del provvedimento di esclusione o di ammissione per l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dello speciale rito di cui al codice del processo amministrativo.

¹⁴ Sul punto vedi M.A. SANDULLI, *Rito speciale in materia di contratti pubblici* in PAMMINISTRATIVISTA, il portale sugli appalti e i contratti pubblici in lamministrativista.it - 24.07.2017 Giuffrè 2017; M.A. SANDULLI , *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici* in Federalismi.it, 2016, 15; M.A. SANDULLI, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017* , in Federalismi.it, 2017, 10; SANDULLI - TRANQUILLI, *“Ricorsi giurisdizionali”* commento all'art.204 in *Codice de Contratti Pubblici* a cura di G. ESPOSITO, Utet Giuridica, 2017

In tal senso depone anche, in modo inequivoco, l'art. 120, comma 2 bis, del codice del processo amministrativo¹⁵, aggiunto proprio con l'art. 204 del d.lgs. 50/2016, in base al quale *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11.....”*

La pubblicazione deve avvenire, quindi, per come implicitamente si ricava dalla lettura complessiva dell'art. 29 citato, non nella sezione che produce pubblicità legale (albo on line), ma nella sezione “Amministrazione trasparente”.

Questo regime di pubblicità previsto per le ammissioni o le esclusioni dalla procedura di gara, poiché non è rivolto solo a favorire la trasparenza, ma è espressamente inteso a *“consentire la proposizione del ricorso giurisdizionale”* e, dunque, a farne decorrere i rigidi termini decadenziali, deve essere considerato quale ipotesi di pubblicità legale, non potendosi allora non rilevare che l'individuazione della sezione “Amministrazione trasparente” quale sede ove assicurare tale pubblicità appare inopportuno e foriera di confusione per gli operatori del settore, abituati, ai fini dell'acquisizione della legale conoscenza degli atti del committente, ad accedere alla sezione del profilo del committente avente valore di albo on line.

Ciò che non è espressamente detto, infatti, è che il regime di pubblicità introdotto con l'art. 29, riferito alla pubblicazione degli atti di ammissione o esclusione dei partecipanti alla procedura, sostanzia una nuova ipotesi di pubblicità produttiva di effetti legali, che comporterebbe il relativo onere in capo ai soggetti partecipanti alla gara di accedere alla sezione “Amministrazione trasparente” per avere contezza degli atti pubblicati, anche ai fini della decorrenza dei termini decadenziali.

Detta disposizione crea non poche difficoltà se solo si considera che fin da quando è stata istituita la sezione “Amministrazione trasparente”, a fronte degli obblighi di pubblicazione previsti per questa sezione in capo all'Amministrazione, è previsto il diritto del cittadino di conoscere e di accedere ai dati pubblicati e l'eventuale diritto di richiedere (attraverso una richiesta di accesso civico semplice¹⁶) la pubblicazione dei documenti e dati non pubblicati ma non anche la necessità di accedere alla sezione.

Per sopperire alle criticità che tale dubbia collocazione pone, il d. lgs. 56/2017 ha introdotto una disciplina “correttiva” che cerca di risolvere i problemi pratici e concreti creati dall'aver collocato questo obbligo di pubblicità nell'ambito della sezione “Amministrazione trasparente”, inserendo, in

¹⁵ D. Lgs. n. 104/Lgs. 02/07/2010, n. 104 recante “Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”

¹⁶ Cfr. Delibera A.N.AC, n. 1310 del 28 dicembre 2016,

sede appunto di correttivo, una corposa modifica al comma 1 dell'articolo 29¹⁷. La nuova disciplina prevede, infatti, oltre all'obbligo di pubblicare i provvedimenti di esclusione o di ammissione adottati in esito alla verifica dei requisiti richiesti entro due giorni dalla loro adozione, che entro lo stesso termine venga dato avviso ai candidati e ai concorrenti di tali provvedimenti, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti; il termine per la relativa impugnazione decorrerà dal momento in cui gli atti sono resi in concreto disponibili ai richiedenti, corredati di motivazione.

Con la novella introdotta con il correttivo viene anche chiarito, implicitamente, che ciò che deve essere pubblicato è solo il provvedimento con i nominativi degli ammessi o degli esclusi e null'altro. Per conoscere le ragioni della scelta (di ammissione o esclusione) il concorrente dovrà, infatti, servirsi dell'accesso agli atti dedicato.

4. Le ulteriori modifiche operate con il d. lgs. 56/2017 al regime di pubblicità nei contratti pubblici

Se con il correttivo al Codice dei contratti sono stati, quindi, chiariti gli adempimenti in capo alle stazioni appaltanti e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, attutendo i contraccolpi che il quadro normativo poco chiaro in tema di pubblicità degli atti poteva comportare, non risultano di facile comprensione le ulteriori disposizioni aggiunte al comma 1 dell'art. 29 e soprattutto la finalità delle stesse.

Con il correttivo viene, infatti, previsto, sempre nell'ambito dell'art. 29, comma 1 del codice degli appalti, che gli atti che devono essere pubblicati su "Amministrazione trasparente" *“recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente”*. Questo adempimento, se da un lato appare finalizzato certamente a far emergere la tempestività della pubblicazione ai fini della trasparenza dell'attività amministrativa, dall'altro non può ritenersi risolutivo se l'intento era quello di finalizzare la pubblicazione alla produzione degli effetti di legge.

Infine, sempre al fine di individuare il corretto regime di pubblicità previsto per gli atti relativi ai contratti pubblici, va anche considerato l'ultimo periodo dell'art. 29, comma 1, anch'esso inserito in sede di correttivo, secondo cui, *“fatte salve le ipotesi in cui agli atti deve applicarsi il regime di pubblicità in ambito nazionale, di cui all'art. 73, comma 5”* (secondo cui gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC), per le restanti ipotesi di pubblicità *“i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente”*.

¹⁷ La novella in parte deriva dalla trasposizione dell'art. 76, comma 3, del d. lgs. 50/2016, ora abrogato, nell'ambito dell'art. 29, comma 1, ad opera del decreto correttivo d, lgs, 56/2017.

Ciò che il legislatore non chiarisce bene, anche in questo ultimo caso, è a quale “luogo informatico” ci si riferisca quando si fa riferimento, nella norma, al profilo del committente, e cioè se alla sezione del sito con funzione di “albo on line” (o, come detto, anche denominata “avvisi e bandi”) presente sul sito istituzionale, come dovrebbe essere trattandosi di produzione di effetti giuridici, oppure alla sottosezione “Bandi di gara e contratti” di “Amministrazione trasparente” come avvenuto per la pubblicazione dei provvedimenti di ammissione o esclusione di cui sopra¹⁸.

5. Verso il superamento dell'albo on line?

Conclusivamente, ciò che emerge dalla lettura dell'articolo 29 del codice dei contratti pubblici è che il Legislatore sembra abbia voluto riferirsi, per i vari obblighi di pubblicità ivi previsti, solo alla sezione “Amministrazione trasparente” (presente sul profilo del committente) mentre, quando prevede la pubblicazione di bandi e avvisi ai fini della produzione degli effetti giuridici, nell'ambito degli articoli 73 e ss. del codice, utilizza genericamente la locuzione “profilo del committente”.

In ragione di quanto considerato, è possibile che si stia andando, di fatto, e nella sola materia dei contratti, verso l'eliminazione della pubblicità legale sull'albo on line, assorbita da quella che si effettua su “Amministrazione trasparente”?

Ciò che si sta registrando nella realtà, e non senza qualche preoccupazione, è certamente l'eliminazione, da parte di alcune amministrazioni, alla luce del nuovo e “indistinto” regime di pubblicità introdotto dall'art. 29 del codice dei contratti, della sezione sul sito istituzionale/profilo del committente che produce pubblicità legale, mediante trasposizione della stessa nell'ambito di “Amministrazione trasparente”, alla sottosezione “Bandi di gara e contratti”.

Certamente non può non tenersi conto del fatto che, rispetto ad alcuni documenti di gara oggetto di pubblicazione, gli adempimenti di pubblicità a carico delle amministrazioni si duplicano, dovendo gli stessi atti essere pubblicati sia su Amministrazione trasparente per finalità di trasparenza che sull'albo on line, per far fronte agli obblighi di pubblicità legale, adempimenti tuttavia, come già detto, destinati a produrre effetti diversi; come anche va considerato che, per ottimizzare il lavoro, le amministrazioni, correttamente, stanno già pubblicando mediante link i diversi documenti richiesti, nell'ambito delle diverse sezioni del sito istituzionale, per assolvere agli obblighi di pubblicità richiesti dalle norme.

Il dato normativo che ha consentito ad alcune amministrazioni di accorpate i due tipi di pubblicità in materia di appalti si ricava, del resto, dallo stesso incipit dell'art. 29 del d. lgs. 50/2016 e cioè dalla previsione secondo cui *“Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla*

¹⁸ Deve infatti tenersi conto del fatto che nell'ambito dell'art. 29, comma 1, del Codice degli appalti ci si riferisce al profilo del committente con solo riguardo alla sezione “Amministrazione trasparente” e non anche all'albo on line

programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33".

Se da una parte questa scelta di semplificazione, che molte amministrazioni hanno deciso di realizzare, potrebbe essere salutata con favore, perché consente di ottimizzare il lavoro di pubblicazione e di alleggerire le amministrazioni di numerosi adempimenti, dall'altra non deve dimenticarsi la rilevante funzione giuridica che riveste la pubblicità intesa a produrre effetti legali (e il livello di partecipazione richiesto al cittadino/imprenditore), in termini di legittimità della procedura medesima, funzione che l'ordinamento non ha assegnato alla pubblicità dei dati e documenti su "Amministrazione trasparente", se non nei casi espressamente previsti dal d. lgs. 33/2013¹⁹, tra i quali ora va inserito anche il regime di pubblicità delle ammissioni e delle esclusioni alla gara.

Questa scelta dovrebbe spettare al Legislatore il quale, però, allo stato, non sembra aver introdotto espressamente una "unificazione" delle due sezioni.

Va, infatti, considerato che la pubblicità di cui all'art. 29 è intesa ad assicurare la trasparenza nella materia degli appalti e che tutti i dati delle procedure pubbliche devono essere *pubblicati e aggiornati... con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.*

L'art. 37 del decreto trasparenza, da ultimo citato, con riguardo agli obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture mantiene *"fermi...gli obblighi di pubblicità legale"*, per cui la pubblicazione dei relativi atti nella sezione deputata a produrre effetti legali non sembrerebbe superata dall'art. 29 del codice dei contratti; allo stato, deve ritenersi, quindi, che per la produzione degli effetti legali, la pubblicazione dei bandi, degli avvisi e degli esiti di gara sul profilo del committente debba ancora trovare posto in *"una apposita sezione dedicata, denominata «Bandi di gara», direttamente raggiungibile dalla home page, facilmente consultabile"* (cfr. d.P.C.M. del 24 aprile 2011).

A sostegno di tale soluzione interpretativa va considerato, da ultimo, che sia il codice dei contratti che il D.M. del Ministero delle infrastrutture dello scorso dicembre continuano a far riferimento all'albo pretorio per la pubblicazione di avvisi e bandi, mentre le stazioni appaltanti e le centrali di committenza possono prevedere solo forme "aggiuntive" di pubblicità diverse da quelle di cui al decreto.

In conclusione, in attesa di un nuovo intervento del Legislatore che chiarisca la reale portata della disciplina in tema di pubblicità degli atti nell'ambito dei contratti pubblici, poiché non appare nella specie configurabile una abrogazione tacita del regime di pubblicità legale, sarebbe auspicabile che le Amministrazioni continuassero a tenere separate le due sezioni e a procedere mediante link ai vari

¹⁹Cfr. articoli 15, 26 e 39 del d. lgs. 33/2013.



obblighi di pubblicazione, e che se scelta di “semplificazione” dovrà essere, come è giusto che sia, questa sia chiara, comprensibile e coordinata con il quadro normativo esistente.