Pubblicato il 30/06/2021

N. 07769/2021 REG.PROV.COLL.
N. 03709/2021 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3709 del 2021, proposto da
Marilena Graziella Saggio, Giancarlo Aielli, Rosanna Alotta, Maria Rosaria Arleo, Cosimina Bencardino, Anna Maria Carracchia, Vincenzo Ceravolo, Laura Chieli, Pasquale Esposito, Marco Gargano, Rosa Gruosso, Paola Mancini, Walter Mazzei, Anna Maria Milone, Tiziana Montemarani, Francesca Morreale, Gloria Katia Morrone, Catia Multari, Gabriele Musaro', Cristina Petraroli, Mara Sardella, Antonino Scappatura, Giovanna Stefanelli, Raffaella Tonziello, Vittorio Giovanni Trifoglio Benfatto, Claudia Vischi, rappresentati e difesi dagli avvocati Domenico Barboni, Annamaria Nardone, Giacoma Clara Lacalamita, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Istruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Cineca - Consorzio Interuniversitario non costituito in giudizio;

nei confronti

Carmen Lanzotti, Francesca Barbieri non costituiti in giudizio;

per l'accertamento e la dichiarazione del diritto di accesso dei ricorrenti, con facoltà di estrazione di copia ai sensi e per gli effetti della legge 241/90, al codice sorgente del concorso per dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali indetto con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017

nonché, per l'annullamento ove occorra, del provvedimento del Ministero dell'Istruzione – Ufficio II - Direzione generale per il personale scolastico – Dirigenti Scolastici, in data 8.3.2021

della nota di CINECA – Consorzio Interuniversitario, a firma del dirigente della S.C. MIPA dell'1.3.2021 – trasmessa in pari data 8.3.2021

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2021 il dott. Emiliano Raganella e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I ricorrenti – candidati nel concorso per dirigenti scolastici ex D.D.G. 23.11.2017 n. 1259, esclusi dall'elenco degli ammessi alla prova orale – presentavano il ricorso epigrafato per l'accertamento del proprio diritto al rilascio del codice sorgente in versione integrale e degli altri documenti specificati in oggetto, riferiti al programma utilizzato per lo svolgimento della prova scritta del concorso citato; impugnavano altresì il provvedimento del Ministero dell'Istruzione in data 8.3.2021 e la nota di CINECA dell'1.3.2021, che provvedevano ad un'ostensione parziale e inutilizzabile del codice sorgente domandato;

Supportavano la propria istanza giudiziale con relazione peritale redatta in data 3.4.2021 dal consulente tecnico di parte ing. Marco Testi (cfr. doc. 4), che – tra l'altro – rappresentava che: "Ad oggi il Codice rilasciato in data 8.3.2021

presenta ancora numerose parti coperte da OMISSIS, se ne contano oltre sessanta in varie sezioni, di fatto mancano ancora delle parti di vitale importanza per fornire un quadro completo circa l'attendibilità del sistema sviluppato".

Sostengono che allo stato attuale gli elementi forniti non consentono assolutamente di valutare oggettivamente se le procedure poste in essere dal sistema sviluppato dal CINECA consentano il rispetto assoluto del vincolo dell'anonimato nella produzione e trattazione dei documenti relativi al concorso ministeriale in oggetto. Non è altresì possibile valutare il rispetto delle misure minime di sicurezza informatica prescritte dal DPCM 1° agosto 2015 (Misure Minime di Sicurezza per le PA) e le disposizioni della circolare AGID n. 2 de118/04/2017";

In particolare intendono specificare la necessità che le Amministrazioni intimate ostendano – al fine di rendere oggettivamente valutabile se le procedure poste in essere dal sistema sviluppato dal CINECA consentano il rispetto delle garanzie di sicurezza nella produzione e trattazione dei dati coinvolti nel concorso ministeriale in oggetto – anche i seguenti atti, da ritenersi ricompresi nella domanda formulata in atti:- Il contratto del 16.2.2018, ai sensi e per gli effetti dell'art. 28

del GDPR - Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE/2016/679), tra Ministero dell'Istruzione - Titolare del trattamento - e Consorzio Interuniversitario CINECA, responsabile esterno del trattamento dei dati personali dei candidati (Codice Fiscale; codice alfanumerico - codice anonimo assegnato in sede di svolgimento del compito; codice numerico - ID di correzione); ai fini di poter - in particolare - verificare l'osservanza della richiesta di cui al regolamento citato che il responsabile del trattamento presenti garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato;

- il registro delle attività di trattamento dei dati tenuto dal Ministero dell'Istruzione – quale titolare del trattamento – e/o da CINECA – quale responsabile del trattamento - ai sensi e per gli effetti dell'art 30 del GDPR - Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE/2016/679); ai fini - di nuovo - di poter accedere alle informazioni sui trasferimenti di dati, e sull'osservanza di tutte le cautele in tema di cifratura dei dati, riservatezza, integrità, disponibilità, dei sistemi e dei servizi di trattamento.

Conclusivamente chiedono l'accesso ai ai seguenti atti:

-versione completa del Codice Sorgente;

-copia del manuale tecnico del software così realizzato;

- documentazione dei collaudi effettuati prima della messa in esercizio del sistema;

-descrizione della procedura di generazione dei metadati;

- verbali delle commissioni circa le operazioni tecniche eseguite per arrivare allo scioglimento dell'anonimato sulla piattaforma informatica utilizzata;

- tutti i "log" di accesso al sistema da parte di operatori e amministratori nel periodo di svolgimento delle prove d'esame e fino alla data di scioglimento dell'anonimato;

- documentazione relativa al rispetto delle misure minime di sicurezza informatica prescritte dal DPCM 1 agosto 2015 (Misure Minime di Sicurezza per le PA) e le disposizioni della circolare AGID n. 2 de1 18.4.2017; ivi compresi in particolare: Il contratto del 16.2.2018, ai sensi e per gli effetti dell'art. 28 del GDPR - Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE/2016/679), tra Ministero dell'Istruzione - Titolare del trattamento - e Consorzio Interuniversitario CINECA, responsabile esterno del trattamento dei dati personali dei candidati; il registro delle attività di trattamento dei dati tenuto dal Ministero dell'Istruzione – quale titolare del trattamento – e/o da CINECA – quale responsabile del trattamento - ai sensi e per gli effetti dell'art 30 del GDPR - Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE/2016/679);

Alla camera di consiglio del 22 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

Occorre in primo luogo esaminare l'istanza di accesso agli atti formulata ai sensi della legge n. 241/90 per verificare la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla norma in capo ai ricorrenti. Per quanto riguarda l'accertamento del requisito oggettivo, ossia la riconducibilità nel genus dei documenti accessibili dei c.d. "codici sorgente" del programma informatico utilizzato per la gestione delle prove scritte del concorso, occorre effettuare alcune considerazioni preliminari. Al riguardo, pare opportuno richiamare la definizione contenuta nella legge n. 241/90, ove stabilisce che il "documento amministrativo" accessibile è rappresentato da "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una p.a. e concernenti attività di pubblico interesse". La norma circoscrive l'oggetto dell'accesso ai documenti esistenti e detenuti dall'amministrazione. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza ha già avuto modo di precisare come rientrano in tale categoria anche i meri atti interni, anche se non relativi ad uno specifico procedimento, purché riferibili ad attività di pubblico interesse.

Con riferimento ai codici sorgente, pertanto, la questione che si pone è se gli stessi possano essere qualificati alla stregua di un documento amministrativo o, comunque, di una sua rappresentazione informatica. Sul punto la sentenza n. 3769/2017 di questa Sezione ha già avuto modo di statuire che "sotto l'indicato specifico profilo del procedimento amministrativo e dell'accesso alla documentazione amministrativa, il tenore testuale della lett. d) dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, come modificata e integrata dalla legge n. 15 del 2005, conduce a una nozione particolarmente estesa dell'atto amministrativo informatico, che tiene, pertanto, conto della sostanziale valenza amministrativa del documento piuttosto che della sua provenienza, atteso che è specificatamente previsto che sono ricompresi nella relativa nozione anche

gli atti di natura privata quanto alla relativa disciplina sostanziale che, tuttavia, si inseriscono e utilizzano nell'ambito e per le finalità di attività a rilevanza pubblicistica, ossia gli atti funzionali all'interesse pubblico; deve, inoltre, ritenersi che vi sono, inoltre, ricompresi gli atti cd. endoprocedimentali, ossia gli atti che si inseriscono all'interno del procedimento e rappresentano i singoli passaggi del relativo iter e che sono funzionalizzati all'adozione del provvedimento finale nonchè anche gli atti cd. interni, ossia gli atti attraverso i quali l'amministrazione organizza la propria attività procedimentale.

La nozione di documento amministrativo informatico è, pertanto, di estrema rilevanza ai fini della esatta definizione del perimetro oggettivo di esercizio del diritto all'accesso alla documentazione amministrativa ai sensi della richiamata legge n. 241 del 1990".

Come si evince anche dagli atti depositati dal CINECA, Il c.d. "codice sorgente" di un software è rappresentato dal testo di un algoritmo di calcolo scritto in un linguaggio di programmazione volto a definire il flusso di esecuzione del programma. Si tratta, in particolar modo, di una sequenza articolata di tutti i dati e di tutti i comandi per mezzo dei quali il programmatore struttura il software e ne consente l'esecuzione, determinandone in concreto le modalità di funzionamento. Nel caso di specie, il programma realizzato dal CINECA ed utilizzato dal M.I.U.R. per lo svolgimento delle prove scritte del concorso ha svolto diverse funzioni. In primo luogo, ha consentito agli utenti di visualizzare le domande precaricate sul sistema e di fornire una risposta alle stesse. In secondo luogo, ha consentito di salvare queste risposte, collezionandole e cifrandole in vista della loro successiva messa a disposizione delle commissioni valutatrici. In sostanza, il programma ha svolto compiti di acquisizione, di custodia e di condivisione di dati, comportandosi come un "recettore-intermediario", veicolando e raccogliendo quesiti e risposte.

Nel caso di specie si ritiene che le esigenze di riservatezza e sicurezza del programma paventate dall'Amministrazione nel limitare l'ostensione, oltre che

generiche e non compiutamente circostanziate, siano fuorvianti, posto quanto si dirà di seguito sulla distinzione tra programma informatico e contenuto degli atti redatti utilizzando quel programma informatico, e al contempo comunque non riconducibili alla tutela di "dati sensibilissimi, né di quelli sensibili", da leggersi ora come rinvio alle "categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento UE n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016". Con riferimento a questi ultimi il richiamato art. 9 definisce tali i "dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona".

Da ciò discende che, contrariamente a quanto prospettato, il diritto dei ricorrenti all'accesso a fini difensivi non deve essere oggetto di bilanciamento con riferimento ad altri interessi che vengono in rilievo nella fattispecie in esame, atteso che la regola di prevalenza tra diritto a difesa ed esigenze di riservatezza di eventuali controinteressati è stata predeterminata dal Legislatore. Sul punto, invero, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo più volte di precisare come "Nei rapporti tra diritto di accesso agli atti della P.A. e diritto alla riservatezza deve ritersi che il primo, qualora sia motivato dalla cura o difesa di propri interessi giuridici, prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo, sicché l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla l. n. 241/90 mediante una limitazione del diritto di accesso, recede quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico" (cfr. T.A.R. Campania, Sez. VI, n. 1165/2016).

Posta comunque la configurabilità dell'istanza di accesso dei ricorrenti in termini di accesso difensivo e conseguentemente l'irrilevanza, in base al dettato normativo, di ragioni di riservatezza diverse da quelle contemplate al

comma 7 del richiamato art. 24 della legge 241 del 1990, il Collegio rileva, ad ogni buon fine, l'infondatezza delle stesse.

Difatti sia l'Amministrazione che il Consorzio controinteressato adducono, per negare l'accesso, ragioni di riservatezza fondate sul rilievo che la conoscenza del "codice sorgente" determinerebbe la vulnerabilità del programma e conseguentemente da un lato la possibilità di decriptare e gestire tutti i dati inseriti dai candidati del concorso ("minandone la riservatezza, la regolarità e la validità") e dall'altro la futura inutilizzabilità dello stesso programma in altre procedure concorsuali. A tanto si aggiungerebbe la violazione del know how del Consorzio, che vedrebbe compromessa la sua attività aziendale in favore di eventuali competitors.

Su quest'ultimo aspetto, posto quanto si dirà di seguito sugli obblighi previsti nel codice dell'amministrazione digitale in ordine alla titolarità dei programmi informatici realizzati su commissione dell'Amministrazione e sulla necessità di avvalersi di software liberi o a codici sorgente aperto, il Collegio rileva che la qualificazione come documento amministrativo del programma che ha consentito lo svolgimento di un concorso pubblico e dunque l'accessibilità in termini di conoscenza delle modalità di funzionamento dello stesso sia atta a superare eventuali profili di carattere economico scaturenti dalla possibilità per il creatore del programma (peraltro in tal caso un Consorzio a partecipazione pubblica senza finalità di lucro) di sfruttare le ulteriori potenzialità commerciali del bene.

Sul punto, i ricorrenti hanno dedotto sull'impossibilità in nuce per il CINECA di rivendicare la riservatezza del software, in quanto il Consorzio non potrebbe essere considerato alla stregua di un mero operatore privato, posto che, da un punto di vista strutturale, i soggetti consorziati sono enti pubblici mentre, da un punto di vista dinamico, il suo principale scopo statutario è quello di realizzare servizi informatici innovativi a favore di tali enti.

A prescindere da ogni ulteriore considerazione sulla natura giuridica del CINECA, e sulla sua riconducibilità nel genus degli enti in house, con

riferimento a quanto strettamente di interesse per l'odierna controversia, il Collegio intende ancora una volta richiamare la sentenza di questa Sezione n. 3769/2017 ove si precisa "la circostanza che, poi, l'algoritmo sia stato realizzato non direttamente da parte del M.I.U.R. per mezzo dei propri funzionari o personale dipendente ma a opera della società di cui sopra cui la creazione dello stesso è stata commissionata da parte dell'amministrazione a seguito di aggiudicazione di procedura di appalto e che costituisca, quindi, l'oggetto di una contrattazione di tipo privatistico, non è di per se ostativa proprio in quanto, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della disciplina sostanziale, l'algoritmo è diretta espressione dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione che è indubbiamente attività di pubblico interesse in quanto interessante l'organizzazione del servizio pubblico rappresentato dalla pubblica istruzione e, infatti, il predetto algoritmo è entrato nella procedura quale elemento decisivo e lo stesso è, comunque, stabilmente detenuto dalla stessa amministrazione ministeriale che lo ha commissionato e, quindi, utilizzato per le proprie finalità".

Maggior approfondimento meritano invece i profili legati alla sicurezza del programma. A dire il vero sul punto gli scritti difensivi sono piuttosto generici, limitandosi ad addurre il rischio di una violazione del programma che sarebbe determinata dalla conoscenza generalizzata del codice sorgente e che finirebbe col minare la validità stessa del concorso svolto o di altri in cui l'Amministrazione ritenesse di utilizzare il medesimo programma.

Tale affermazione tuttavia collide con la previsione normativa contenuta nel codice dell'amministrazione digitale, D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e ss.mm.ii., all'art. 68 in cui si legge: "Le pubbliche amministrazioni acquisiscono programmi informatici o parti di essi nel rispetto dei princìpi di economicità e di efficienza, tutela degli investimenti, riuso e neutralità tecnologica, a seguito di una valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico tra le seguenti soluzioni disponibili sul mercato:

a) software sviluppato per conto della pubblica amministrazione;

b) riutilizzo di software o parti di esso sviluppati per conto della pubblica amministrazione;

c) software libero o a codice sorgente aperto;

d) software fruibile in modalità cloud computing;

e) software di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso;

f) software combinazione delle precedenti soluzioni. (556)

.1-ter. Ove dalla valutazione comparativa di tipo tecnico ed economico, secondo i criteri di cui al comma 1-bis, risulti motivatamente l'impossibilità di accedere a soluzioni già disponibili all'interno della pubblica amministrazione, o a software liberi o a codici sorgente aperto, adeguati alle esigenze da soddisfare, è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso. La valutazione di cui al presente comma è effettuata secondo le modalità e i criteri definiti dall'AgID".

Vi è nella disposizione richiamata una chiara predilezione del Legislatore per la digitalizzazione dell'attività amministrativa mediante l'uso di software liberi ovvero a codice sorgente aperto.

Ma ancora più decisivo ai fini che qui interessano è il successivo art. 69 sul riuso delle soluzioni e standard aperti in base al quale: "Le pubbliche amministrazioni che siano titolari di soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno l'obbligo di rendere disponibile il relativo codice sorgente, completo della documentazione e rilasciato in repertorio pubblico sotto licenza aperta, in uso gratuito ad altre pubbliche amministrazioni o ai soggetti giuridici che intendano adattarli alle proprie esigenze, salvo motivate ragioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale e consultazioni elettorali.

2. Al fine di favorire il riuso dei programmi informatici di proprietà delle pubbliche amministrazioni, ai sensi del comma 1, nei capitolati o nelle specifiche di progetto è previsto, salvo che ciò risulti eccessivamente oneroso per comprovate ragioni di carattere tecnico-economico, che l'amministrazione committente sia sempre titolare di tutti i diritti sui programmi e i servizi delle

tecnologie dell'informazione e della comunicazione, appositamente sviluppati per essa.

2-bis. Al medesimo fine di cui al comma 2, il codice sorgente, la documentazione e la relativa descrizione tecnico funzionale di tutte le soluzioni informatiche di cui al comma 1 sono pubblicati attraverso una o più piattaforme individuate dall'AgID con proprie Linee guida".

Dalla lettura delle due norme richiamate si evince chiaramente come l'accessibilità e la conoscenza dei codici sorgente, di regola, non determini una vulnerabilità della sicurezza dei programmi utilizzati dalle Amministrazioni ed anzi sia voluta dal Legislatore al fine di consentire il riuso dei programmi. Diversamente dovremmo concludere che solo perché siano noti i codici sorgente tutta l'attività dell'Amministrazione, anche quella delicatissima avente ad oggetto dati sanitari, vedrebbe minati la riservatezza, la certezza e la validità dei dati in essa contenuti poiché esposta ad attacchi esterni.

Solo laddove invece sussistano "motivate ragioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale e consultazioni elettorali" tale accessibilità è recessiva. Tuttavia si tratta in tal caso di programmi informatici utilizzati per finalità che presentano ontologicamente profili di segretezza e appaiono completamente diverse dalla mera gestione di un concorso pubblico, il quale deve essere permeato dalla massima trasparenza a tutela stessa del buon andamento dell'Amministrazione.

In realtà la lettura delle norme consente di distinguere tra conoscenza del codice sorgente, ossia del "mero testo di un algoritmo di calcolo di un programma scritto in linguaggio di programmazione che definisce il flusso di esecuzione del programma stesso" e contenuto (dati, documenti, provvedimenti,…) elaborato tramite il programma informatico, la cui "autenticità, integrità, affidabilità, leggibilità, reperibilità" deve essere assicurata dall'amministrazione mediante il sistema di conservazione dei

documenti informatici di cui all'art. 44 del codice dell'amministrazione digitale.

Ciò consente di superare anche le censure sulla prospettata futura inutilizzabilità del programma per altri concorsi, che potrebbe aprire gli spazi anche su rilevanti conseguenze di carattere finanziario che l'Amministrazione potrebbe subire.

Al riguardo si è già detto che, come affermato nella precedente pronuncia 7333/2019 essa "non costituisca un parametro di riferimento per la valutazione della richiesta di accesso", tanto sia perché la legge n. 241/1990 non contempla tale motivo come escludente l'accesso, sia soprattutto perché non è stato dimostrato che ricorra nei fatti il pericolo che riutilizzando il medesimo programma il nuovo concorso possa essere violato nella sua sicurezza. Giocoforza dovrebbe peraltro ritenersi che la sicurezza (da intendersi nel senso di violabilità dall'esterno) dell'attività dell'Amministrazione pubblica sia esposta a rischio ogniqualvolta essa utilizza programmi a codice sorgente aperto o "open source", come previsto dal codice dell'amministrazione digitale.

Sul punto il Collegio, rilevato che l'accesso agli atti riguarda il codice sorgente del programma usato lo svolgimento della prova scritta, ossia le modalità di compilazione del foglio informatico e la fase del salvataggio dei dati, ritiene che non siano pertinenti le ragioni di vulnerabilità del sistema circa la possibilità di conoscere le modalità attraverso le quali si mantengono segreti i quesiti e le risposte corrette (per le domande chiuse) o si gestisce la sicurezza della una postazione atteso che in un caso si tratta di segmenti procedimentali che precedono la fase di svolgimento della prova scritta, nell'altro di profili attinenti alla sicurezza del programma da garantirsi attraverso password o altre modalità e che quindi restano estranei alla conoscenza del codice sorgente richiesto dai ricorrenti.

Per le ragioni sopra indicate il ricorso deve essere accolto con conseguente obbligo dell'Amministrazione di provvedere all'ostensione di quanto chiesto

dalla parte ricorrente ai sensi dell'art. 22 e ss. della legge n. 241/90..

In considerazione della novità e della complessità delle questioni trattate sussistono eccezionali ragioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'ostensione di quanto chiesto dai ricorrenti nel termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Emiliano Raganella, Consigliere, Estensore

Silvia Piemonte, Referendario

L'ESTENSORE
Emiliano Raganella

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO