

L'accesso civico generalizzato agli atti delle procedure di gara

Roma, 26 marzo 2018

Avv. Elio Leonetti - Dott. Claudio Lucidi





L'accesso agli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici

- L'accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici è regolato da una disciplina di carattere speciale rispetto alla normativa generale in tema di accesso agli atti contenuta nella legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo
- L'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), che riproduce sostanzialmente le disposizioni in precedenza contenute nell'art. 13 del previgente d.lgs. n. 163/2016, reca una serie di specifiche previsioni in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento, la cui finalità risiede nella necessità di assicurare - nel contesto di tale peculiare settore - talune particolari esigenze che non troverebbero adeguata salvaguardia nella disciplina generale sull'accesso agli atti di cui alla legge n. 241/1990 > si tratta, in particolare, della necessità di contemperare il principio di trasparenza dell'attività amministrativa con la tutela della segretezza delle offerte e di limitare o differire l'accesso a taluni atti al fine di assicurare il regolare svolgimento delle procedure di gara.
- Più in dettaglio, l'art. 53 del Codice dei Contratti Pubblici consente, in linea generale, l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ma prevede al contempo una serie di casi in cui l'accesso è differito o escluso.



L'accesso agli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici

- Sulla regolamentazione sull'accesso agli atti prevista Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 163/2006 prima e d.lgs. n. 50/2016 dopo) si sono poi innestate le disposizioni di cui al d.lgs. n. 33/2013 e successive modifiche (c.d. Decreto Trasparenza), il quale ha introdotto l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di pubblicare sul proprio sito internet istituzionale (nella sezione "*Amministrazione Trasparente*" - sottosezione "*Bandi di gara e contratti*") una serie di atti, anche con riferimento all'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. (cfr. art. 37 del Decreto Trasparenza).
- In tale contesto, il Decreto Trasparenza ha introdotto il **c.d. accesso civico "semplice"**, come apposito rimedio esperibile da chiunque e senza onere di motivazione a fronte della mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge (art. 5 comma 1 del d.lgs. n. 33/2013)
- L'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 ha successivamente ampliato in maniera consistente l'ambito degli atti assoggettati a pubblicazione obbligatoria nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici



L'accesso agli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici

- Le nuove disposizioni sugli obblighi di pubblicazione degli atti incidono in maniera significativa sulla disciplina del diritto di accesso contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici, atteso che, per tutti gli atti assoggettati a pubblicazione obbligatoria, opera il c.d. accesso civico “semplice” e, pertanto, la richiesta di accesso è sottratta ai vincoli e ai limiti imposti dall’art. 53 del Codice dei Contratti Pubblici e dalla legge n. 241/1990
- Un ulteriore e diverso impatto sulla specifica disciplina dell’accesso agli atti nel settore dei contratti pubblici viene oggi a determinarsi a seguito dell’introduzione, nel nostro ordinamento, del c.d. accesso civico “generalizzato” (denominato anche FOIA – “*Freedom Of Information Act*”), ad opera del d.lgs. n. 97/2016 che ha modificato il d.lgs. n. 33/2013 introducendo l’art. 5 comma 2.



L'accesso agli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici

❑ LE TRE FORME DI ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

- Accesso documentale (art. 53 della d.lgs. n. 50/2016 e artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990) > in via generale l'accesso è consentito all'operatore economico concorrente alla gara; in presenza di un interesse diretto, concreto e attuale (collegamento tra la situazione giuridica da tutelare e il documento richiesto) l'accesso può essere concesso anche ad un soggetto diverso dal concorrente, secondo i principi della legge n. 241/1990
- Accesso civico «semplice»: riguarda gli «atti a pubblicazione obbligatoria» ai sensi del d.lgs. 33/2013 (c.d. Decreto Trasparenza) e dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 > attribuisce a chiunque il diritto di richiedere, gratuitamente e senza necessità di motivazione, documenti, informazioni o dati di cui le pubbliche amministrazioni hanno omesso la pubblicazione prevista dalla normativa vigente nella sezione «Amministrazione Trasparente» del sito web istituzionale
- L'accesso civico «generalizzato» (FOIA - “Freedom Of Information Act”)



Accesso civico «generalizzato»

- Questa nuova forma di accesso prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, può accedere a tutti i dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel rispetto di alcuni limiti tassativamente indicati dalla legge
- Si tratta, dunque, di un regime di accesso più ampio rispetto a quello previsto originariamente dall'art. 5 del decreto legislativo n. 33/2013 (c.d. accesso civico «semplice»), in quanto consente di accedere a dati e documenti diversi da quelli per i quali sussiste l'obbligo di pubblicazione obbligatoria
- Come rilevato anche in sede di prime applicazioni giurisprudenziali, si tratta dunque di una modalità di accesso agli atti che non ha forme di limitazioni soggettive e che ha un oggetto molto esteso (potenzialmente illimitato), con un rovesciamento completo del tradizionale rapporto tra cittadino e amministrazione, in quanto tutta la documentazione detenuta dalla p.a. è adesso accessibile, qualora non ricorrano le tassative circostanze indicate dalla legge (cfr., in tal senso, TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 novembre 2017 n. 2157).



Accesso civico «generalizzato»

- L'accesso civico generalizzato si distingue dalla disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui agli articoli 22 e ss. della legge n. 241/1990 e di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 (accesso documentale).
- ✓ Dal punto di vista soggettivo, la richiesta di accesso non richiede alcuna qualificazione e motivazione, per cui il richiedente non deve dimostrare di essere titolare di un *«interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»*, così come stabilito, invece, per l'accesso ai sensi della legge sul procedimento amministrativo > è irrilevante se il richiedente è o meno un operatore economico concorrente alla procedura di affidamento
- ✓ Dal punto di vista oggettivo, i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico «generalizzato» risultano più ampi e incisivi rispetto a quelli indicati dall'articolo 24 della legge n. 241 del 1990 e dall'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, consentendo alle amministrazioni di impedire l'accesso nei casi in cui questo possa compromettere alcuni rilevanti interessi pubblici e privati



Accesso civico «generalizzato»

- Con Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, l'ANAC ha approvato le «*Linee Guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*»
- Con Circolare n. 2/2017 (avente ad oggetto «Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato»), il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha fornito alle amministrazioni chiarimenti operativi sul FOIA



Accesso civico generalizzato

- **Soggetti:** chiunque > no limitazioni alla legittimazione soggettiva del richiedente
- **Oggetti:** dati, informazioni e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni
- **Finalità:** favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.
- **Contenuto dell'istanza:** individuazione dei dati, informazioni e documenti richiesti > non è richiesta la motivazione
- **Eccezioni:** interessi pubblici specifici; interessi privati specifici; segreto di stato ed altri divieti previsti per legge > in particolare, in presenza delle c.d. eccezioni «assolute», l'accesso deve essere negato; in presenza, invece, delle c.d. eccezioni «relative», l'accesso può essere negato dalla pubblica amministrazione sulla base di una valutazione che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento



Accesso civico generalizzato

❑ Eccezioni «assolute» (art. 5-bis comma 3)

➤ Il diritto di accesso è escluso in caso di:

a) Segreto di Stato;

b) Altri casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge 241/1990



Accesso civico generalizzato

❑ Eccezioni «relative o qualificate» (art. 5-bis commi 1 e 2) > sono caratterizzate dalla necessità di adottare una valutazione caso per caso dell'esistenza del pregiudizio alla tutela di interessi pubblici o privati considerati meritevoli di una peculiare tutela dall'ordinamento

1) Il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli **interessi pubblici** inerenti a:

- ✓ La sicurezza pubblica e l'ordine pubblico
- ✓ La sicurezza nazionale
- ✓ La difesa e le questioni militari
- ✓ Le relazioni internazionali
- ✓ La politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato
- ✓ La conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento
- ✓ Il regolare svolgimento di attività ispettive



Accesso civico generalizzato

2) Il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti **interessi privati**:

- ✓ La protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- ✓ La libertà e la segretezza della corrispondenza;
- ✓ Gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto di autore e i segreti commerciali



Accesso civico generalizzato

- Linee Guida ANAC > La generica ed ampia definizione di “*interessi economici e commerciali*”, include – tra l’altro - tre specifici ambiti tutelati dall’ordinamento e tutti collegati con l’interesse generale di garantire il buon funzionamento delle regole del mercato e della libera concorrenza.

1) La «**proprietà intellettuale**» indica un sistema di tutela giuridica – che si basa sul riconoscimento di diritti esclusivi - di beni immateriali, ossia le creazioni intellettuali, aventi anche rilevanza economica: si tratta dei frutti dell’attività creativa e inventiva umana come, ad esempio, le opere artistiche e letterarie, le invenzioni industriali e i modelli di utilità, il design, i marchi. Al concetto di proprietà intellettuale fanno capo le tre grandi aree del diritto d'autore, del diritto dei brevetti e del diritto dei marchi, questi ultimi ricompresi nel più ampio concetto di proprietà industriale.



Accesso civico generalizzato

2) Il **diritto d'autore** tutela le opere dell'ingegno di carattere creativo riguardanti le scienze, la letteratura, la musica, le arti figurative, l'architettura, il teatro, la cinematografia, la radiodiffusione e, da ultimo, i programmi per elaboratore e le banche dati, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione > Il diritto di proprietà intellettuale (diritto d'autore) e quello di proprietà industriale (brevetti, *know-how*, marchi e modelli) e costituiscono risorse fondamentali per qualunque impresa.



Accesso civico generalizzato

3) Il tema del **segreto industriale** è spesso strettamente collegato con quello del segreto commerciale dal quale non sempre è nettamente distinguibile, sia perché simili sono i problemi che li coinvolgono, sia perché la disciplina ad essi applicabile è comune: infatti, possono essere presenti, nel *know-how* specifico dell'impresa, aspetti inventivi, tutelabili anche come brevetti. L'idea innovativa può riguardare le diverse fasi dell'attività dell'impresa, la produzione industriale (per esempio un nuovo tipo di procedimento di fabbricazione che consenta l'uso di un prodotto preesistente ma a costi molto inferiori), l'organizzazione aziendale, il modo di effettuare la commercializzazione di un bene o di un servizio e così via. E' chiaro che l'imprenditore ha interesse non solo ad innovare ma anche a mantenere in suo possesso tale innovazione ossia ad evitare che imprese concorrenti possano copiare la sua invenzione. Egli può assicurarsene l'esclusiva attraverso lo speciale strumento del brevetto industriale o lasciare che la sua invenzione rimanga segreta, magari per un certo lasso di tempo (segreto aziendale).

Costituiscono oggetto di tutela (segreti commerciali) le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, quelle relative all'organizzazione, quelle finanziarie, ossia il *know-how* aziendale, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni siano segrete, nel senso che non siano, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; abbiano valore economico in quanto segrete; siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete; riguardino dati relativi a ricerche, prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di sostanze chimiche.



Accesso civico generalizzato

- **Controinteressati:** sono i soggetti (persone fisiche o giuridiche) che, anche se non indicati nel documento cui si vuole accedere, potrebbero vedere pregiudicati loro interessi coincidenti con gli interessi privati individuati dall'art. 5-bis comma 2 del d.lgs. n. 33/2016 > una volta individuati i controinteressati, l'amministrazione deve concedere il termine di 10 giorni per la presentazione di eventuale opposizione motivata. In caso di opposizione, l'amministrazione non può limitarsi ad assumere come unico fondamento del rifiuto di accesso il mancato consenso del controinteressato ma deve valutare, da un lato, la probabilità serietà del danno agli interessi dei controinteressati che abbiano fatto opposizione e la rilevanza dell'interesse conoscitivo della collettività (e, se esplicitato, del richiedente) che la richiesta mira a soddisfare.
- **Termini e silenzio:** il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di 30 giorni dalla presentazione dell'istanza > non è ammesso il c.d. silenzio-diniego



Accesso civico generalizzato e accesso agli atti di gara

- Delibera ANAC n. 317 del 29 marzo 2017 >
- ✓ le disposizioni speciali contenute nel d.lgs. n. 50/2016 in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrano nell'ambito dei limiti e condizioni cui è assoggettato l'accesso civico generalizzato
- ✓ L'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 dispone non un'esclusione assoluta, ma solo il differimento dell'accesso in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione (art. 53, comma 2, lett. d) del Codice).
- ✓ *«Alla luce di tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.lgs 33/2013. Tra questi, si segnala – per la particolare frequenza con cui il caso può presentarsi nelle procedure di gara - il limite che deriva dalla tutela degli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, di cui al comma 2, lett. c) del citato articolo. Si ritiene, pertanto, che l'accesso civico generalizzato ove invocato ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.lgs 33/2013, incontri il limite previsto dall'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, ma che possa comunque essere concesso, senza alcun obbligo di motivazione, alla scadenza del termine ivi previsto, ovvero dopo l'aggiudicazione, nel rispetto della tutela dei dati personali e degli interessi economici e commerciali dei soggetti coinvolti, secondo quanto disposto all'art. 5-bis, comma 2, del D.lgs 33/2013»*



Accesso civico generalizzato e accesso agli atti di gara

- ❑ Casistica dei principali atti di gara suscettibili di accesso civico generalizzato (diversi da quelli assoggettati a pubblicazione obbligatoria)
 - Verbali di gara
 - Documentazione amministrativa presentata dalle imprese concorrenti
 - Documentazione sulla comprova/verifica dei requisiti
 - Offerte tecniche ed economiche presentate dalle imprese concorrenti
 - Giustificativi presentati nell'ambito della verifica di anomalia
 - Contratto d'appalto ed altri atti di esecuzione (istanza di subappalto e documentazione allegata; ordinativi di prodotti; atti aggiuntivi/modificativi del contratto, ecc.)



Accesso civico generalizzato e accesso agli atti di gara

- **TAR Campania, Sez. VI, 22 dicembre 2017 n. 6028**

- ✓ La vicenda
- Istanza di accesso presentata da una impresa partecipante ad una gara di lavori ma non risultata aggiudicataria
- Nell'aggiudicazione della gara ha avuto rilievo determinante la tipologia di tubi che l'impresa aggiudicataria ha offerto di porre in opera
- Oggetto dell'istanza: atti della direzione lavori e/o del rup da cui potesse evincersi se l'appaltatore ha posto in opera i tubi offerti
- Diniego: istanza generica; insussistenza dei presupposti per l'accesso ai sensi del Codice dei contratti pubblici



Accesso civico generalizzato e accesso agli atti di gara

- La posizione del TAR
- ☐ l'accesso civico generalizzato ha ad oggetto non solo documenti ma anche “dati e informazioni”. E' evidente che nella fattispecie non risulta complicato per l'amministrazione individuare la documentazione in suo possesso dalla quale possa evincersi l'informazione richiesta
- ☐ l'istanza non è stata formulata ai sensi della normativa sugli appalti che qui non viene in rilievo
- ☐ l'accesso civico ha “lo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico..”. Sotto tale profilo la richiesta di verificare l'effettiva posa in opera dei tubi promessi dalla controinteressata rientra pienamente nella finalità voluta dalla legge di consentire un controllo sull'uso delle risorse pubbliche

Grazie per l'attenzione
Avv. Elio Leonetti

I materiali didattici saranno disponibili su

www.fondazioneifel.it/formazione



Twitter



Facebook



YouTube

