



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

PALERMO – 20/26/28 gennaio 2021

Laboratorio

ACCESSO AGLI ATTI

Avv. Grazia Nadia Emanuele



Unione Europea
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana
Assessorato dell'Istruzione e
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

ACCESSO AGLI ATTI

Il fondamento costituzionale del diritto di accesso è stato individuato sia nell'art. 97 – che costituisce diretta attuazione dei canoni di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione – sia nell'art. 21, che riconosce il diritto all'informazione sul versante passivo e cioè il diritto ad essere informati quali potenziali destinatari.



ACCESSO AGLI ATTI

è diventato negli anni un vero e proprio corpus normativo a garanzia dell'accessibilità totale ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di *“tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*



ACCESSO AGLI ATTI EX L. 241/1990

per "accesso agli atti", si intende, secondo la formulazione letterale dell'art. 22 della l. 241/1990,

«il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi»



ACCESSO AGLI ATTI EX L. 241/1990

L'accesso agli atti, nel nostro ordinamento, si pone come vero e proprio «diritto», come un logico corollario dei più generali principi di trasparenza e imparzialità dell'operato della P.A., ed è volto a favorire la partecipazione dei cittadini all'azione amministrativa dei pubblici poteri in linea con il dettato costituzionale dell'art. 97



ACCESSO AGLI ATTI EX L. 241/1990

Con la L. 241/90 detta comunemente “sulla trasparenza amministrativa”, per la prima volta, infatti, il legislatore, ha disciplinato in via generale ed astratta qualunque tipologia di procedimento amministrativo avviato da una p.a. ed ha introdotto – tra i principi generali dell’azione amministrativa – quello di **pubblicità**.

ACCESSO AGLI ATTI EX L. 241/1990

La trasparenza, nel senso innanzi inteso, non si assicura unicamente mediante lo strumento dell'accesso, ma al suo raggiungimento concorrono numerosi altri principi ed istituti, quali – ad esempio – l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi (stabilito dall'art. 3 L. 241/90), e la partecipazione dei privati al procedimento che li coinvolge (artt. 7-13 L. cit.).



ACCESSO AGLI ATTI EX L. 241/1990

La L. ha affermato l'ampia portata della regola dell'accesso, che rappresenta la coerente applicazione del principio di trasparenza che governa i rapporti tra amministrazione e cittadini.

La L. 241/90 ha ridimensionato l'ambito operativo del segreto d'ufficio il quale ora non esprime più un canone generale dell'azione dei pubblici poteri, ma rappresenta un'eccezione al principio di trasparenza, rigorosamente circoscritta ai soli casi in cui viene in evidenza la necessità obiettiva di tutelare particolari e delicati settori dell'amministrazione.



ACCESSO AGLI ATTI: FUNZIONE TIPICA

L'istituto dell'accesso assolve ad una triplice funzione:

- diffusa conoscenza dei processi decisionali, nell'ottica della partecipazione;
- coinvolgimento diretto degli amministrati ed il loro controllo sul comportamento dei soggetti pubblici, che sono stimolati ad agire responsabilmente e correttamente osservando i canoni di legalità e compiendo attività qualitativamente migliori;
- riduce il peso dei giudizi, perché la conoscenza dei documenti può persuadere della legittimità delle determinazioni assunte dalla p.a. o comunque dell'inopportunità dell'impugnazione, tenuto conto che l'interessato potrà far valere in sede amministrativa eventuali rimostranze

CORNICE NORMATIVA DEL DIRITTO DI ACCESSO

- **L. 7 agosto 1990, n. 241** - Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. - Capo V – artt. 22-28;
- **D.P.R. 12-4-2006 n. 184** - Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi;
- **D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. decreto trasparenza)** - Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni;



CORNICE NORMATIVA DEL DIRITTO DI ACCESSO

ULTIME MODIFICHE INTERVENUTE

D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. decreto trasparenza) e **D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97** (di attuazione della c.d. Legge Madia) che, innovando il precedente scenario, hanno introdotto rispettivamente **l'accesso civico semplice** che consente a chiunque – senza indicare motivazioni – il diritto di richiedere ad una pubblica amministrazione documenti, informazioni e dati nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione obbligatoria ai sensi del decreto stesso (articolo 5, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013) e **l'accesso civico generalizzato** (c.d. FOIA – Freedom of Information Act) che consente a chiunque – senza indicare motivazioni – il diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (art. 5, commi 2 e 3, d.lgs. n. 33/2013, come sostituito dall'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016), ciò sempre nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis del D. Lgs. 33/2013 (articolo introdotto dall'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 97 del 2016).



CORNICE NORMATIVA DEL DIRITTO DI ACCESSO

ULTIME MODIFICHE INTERVENUTE



- **L. n. 241/1990** ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi") coordinato ed aggiornato, da ultimo, dal **D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120**



CORNICE NORMATIVA REGIONALE DEL DIRITTO DI ACCESSO

Norme che disciplinano il diritto di accesso ai documenti dell'Amministrazione regionale

Legge Regionale (L.R.) 30.04.1991, n. 10 “Disposizioni per i procedimenti amministrativi, il diritto di accesso ai documenti amministrativi e la migliore funzionalità dell'attività amministrativa”. (Gazzetta Ufficiale Regione Siciliana – GURS - Parte I n.22 del 04.05.1991)

Legge Regionale (L.R.) 15/05/2000, n. 10 – art. 21 “Commissione di Garanzia per la Trasparenza e l'Imparzialità delle Pubbliche Amministrazioni”. – (Modifiche ed integrazioni alla L.R. 10/91). (Gazzetta Ufficiale Regione Siciliana – GURS - Parte I n. 23 del 17.05.2000)

Decreto Presidente Regione Siciliana (D.P.Reg.) 16.06.1998, n.12 “Regolamento del diritto di accesso ai documenti dell'Amministrazione Regionale”. (Gazzetta Ufficiale Regione Siciliana – GURS - Parte I n.37 del 01.08.1998)

Legge Regionale (L.R.) 16.04.2003, n. 4 – art. 45 “Diritto di accesso dei Deputati dell'Assemblea Regionale Siciliana” (Gazzetta Ufficiale Regione Siciliana – GURS - Parte I n.17 del 17.04.2003)

CORNICE NORMATIVA REGIONALE DEL DIRITTO DI ACCESSO

Norme che disciplinano il diritto di accesso ai documenti dell'Amministrazione regionale

L.R. n. 7/2019 «Disposizioni per i procedimenti amministrativi e la funzionalità dell'azione amministrativa» che abroga la precedente legge regionale n.10/1991 (che continua ad applicarsi per i procedimenti iniziati in data anteriore all'entrata in vigore della nuova legge).

Si tratta in gran parte del recepimento delle previsioni del legislatore statale, in particolare recependo le disposizioni della Legge Madia (L. 124/2015) e i relativi decreti attuativi, ma anche il Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 82/2005), il Decreto Trasparenza (d.lgs. 33/2013) e le altre riforme legislative intervenute, dando al contempo un assetto più intellegibile alla normativa regionale.



Norme che disciplinano il diritto di accesso ai documenti dell'Amministrazione regionale

L.R. n. 7/2019 «Disposizioni per i procedimenti amministrativi e la funzionalità dell'azione amministrativa» sono previste anche delle disposizioni che si differenziano rispetto a quelle generali.

Per esempio all'art. 7 si introduce il principio esame degli atti di competenza secondo l'ordine cronologico, con la possibilità di attribuire la priorità ad alcuni procedimenti in casi tassativamente indicati (per esempio in caso di valutazione di iniziative nell'ambito dei Programmi cofinanziati dai Fondi strutturali e di investimento europei).

Altra peculiarità, non presente nella disciplina nazionale, è quella del diritto, per i partecipanti al procedimento, oltre che di presentare memorie e documenti, di ottenere un'audizione personale, della quale viene redatto verbale scritto allegato al fascicolo istruttorio, della quale l'amministrazione ha l'obbligo di valutare i risultati in sede di decisione.

LEGGE N. 241/1990

Capo V - Accesso ai documenti amministrativi (artt. 22-28)



Articolo 22 - COMMA1

(Definizioni e principi in materia di accesso)

1. Ai fini del presente capo si intende:

a) per "**diritto di accesso**", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi;

b) per "**interessati**", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

c) per "**controinteressati**", tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza;



Articolo 22 - COMMA1

(Definizioni e principi in materia di accesso)

1. Ai fini del presente capo si intende:

...

d) per "**documento amministrativo**", 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 pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;

e) per "**pubblica amministrazione**", tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.



DISCIPLINA EX ART. L. 241/1990

Articolo 22 – COMMA 2

(Definizioni e principi in materia di accesso)

2. L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce **principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza.**



DISCIPLINA EX ART. L. 241/1990

Articolo 22

(Definizioni e principi in materia di accesso)

3. Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

6. Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere.



ACCESSO AGLI ATTI

COSA SI INTENDE ATTO AMMINISTRATIVO?

**CHE DIFFERENZA C'È TRA ATTO E
PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO?**



ACCESSO AGLI ATTI

COSA SI INTENDE PER ATTO AMMINISTRATIVO?

Gli atti amministrativi sono gli atti adottati da una Pubblica Amministrazione in quanto autorità.

Un atto amministrativo si distingue, pertanto, dagli accordi, dalle convenzioni, dai contratti, che la pubblica amministrazione conclude non in posizione di autorità, ma in posizione di sostanziale parità nei confronti dell'amministrato.



ACCESSO AGLI ATTI

COSA SI INTENDE PER PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO?

Per provvedimento amministrativo si intende quell'atto consistente in una manifestazione di volontà adottata dall'amministrazione per la cura di un concreto interesse pubblico e diretta a produrre in maniera unilaterale effetti giuridici nei rapporti esterni con i destinatari.

N.B. L'emanazione di un provvedimento è preceduta da una serie di atti e attività che confluiscono nel procedimento amministrativo.



ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

L'oggetto del diritto di accesso è costituito dal documento amministrativo, intendendosi per tale - letteralmente - «*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 pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*» (articolo 22, comma 1, lettera d).

Nella categoria dei **documenti amministrativi ostensibili** rientrano tutti gli atti detenuti da una Pubblica Amministrazione, anche meramente endoprocedimentali, purché abbiano spiegato o siano idonei a spiegare «effetti diretti o indiretti» nei confronti del soggetto istante (**Cons. Stato n. 4321/2013**).

ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

Costituisce ius receptum nella giurisprudenza del Consiglio di Stato il principio secondo il quale «*il rimedio dell'accesso non può ... essere utilizzato per indurre o costringere l'Amministrazione a formare atti nuovi rispetto ai documenti amministrativi già esistenti, ovvero a compiere un'attività di elaborazione di dati e documenti, potendo essere invocato esclusivamente al fine di ottenere il rilascio di copie di documenti già formati e materialmente esistenti presso gli archivi dell'Amministrazione*» (Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8359)



ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

Caso concreto



TAR Catania, sentenza n. 3228 dell'1.12.2020 (1)



ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

Caso concreto

TAR Catania, sentenza n. 3228 dell'1.12.2020

La valorizzazione del principio della massima ostensione non può essere estesa fino al punto da legittimare un controllo generalizzato, generico e indistinto del singolo sull'operato dell'Amministrazione; l'interesse all'accesso, infatti, deve pur sempre configurarsi come diretto, concreto, attuale e corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, dovendosi così rendersi necessaria una relazione di strumentalità, sia pure attenuata, tra detto interesse e il documento collegato rispetto al quale è chiesto l'accesso medesimo (arg. ex Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3212).

ACCESSO AGLI ATTI

**A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?
COME DEVE ESSERE FORMULATA LA DOMANDA?**

Caso concreto

TAR Catania, sentenza n. 3228 dell'1.12.2020

La domanda di accesso deve essere riferita alla conoscenza e acquisizione di atti e deve avere un contenuto determinato o, quantomeno, determinabile (arg. ex T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 7 maggio 2020, n. 147).



ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

Caso concreto

TAR Catania, sentenza n. 3228 dell'1.12.2020

*Oggetto dell'accesso c.d. tradizionale, di cui alla L. 241/1990 è il «documento amministrativo», ovvero una «rappresentazione ... del contenuto di atti» mentre non sono accessibili i dati e le informazioni che non abbiano forma di documento amministrativo e ciò in quanto la pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso (cfr. **T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20 luglio 2020, n. 8369 (2)**).*



ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

Caso concreto

T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20 luglio 2020, n. 8369

Nel caso di specie, l'istanza di accesso della società ricorrente aveva ad oggetto una pluralità di informazioni contenute in una banca-dati, relative ad un numero molto elevato (9500) di soggetti e aventi peraltro natura personale, che l'Amministrazione stessa avrebbe dovuto elaborare, espungendo il nominativo degli infermieri reclutati e collegando, per gli altri, i nominativi e i recapiti.



ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

Caso concreto

T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20 luglio 2020, n. 8369

Il TAR rigetta ritenendo che «all'esercizio del diritto di accesso non può conseguire l'onere della Pubblica Amministrazione di farsi carico di una più o meno complessa e articolata elaborazione dei dati conoscitivi, necessari per l'individuazione del contenuto dei documenti amministrativi richiesti o per la loro formazione (ex multis, Cons. Stato, n. 2303 e n. 1464 del 2020; Tar Campania, Napoli, n. 4520 del 2019)».



ACCESSO AGLI ATTI

A QUALI DOCUMENTI SI PUO' ACCEDERE?

Caso concreto

T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20 luglio 2020, n. 8369

«Peraltro, nel caso di specie, le informazioni richieste – che l'Amministrazione resistente avrebbe dovuto elaborare in un documento di cui concedere l'ostensione – contenevano dati personali dei soggetti che avevano aderito alla manifestazione di interesse, dunque, per una specifica finalità».



ACCESSO AGLI ATTI

**COSA SUCCESSE SE L'INTERESSE ALL'ACCESSO
ENTRA IN CONFLITTO CON ALTRI INTERESSI
ANTAGONISTI?**



ECCEZIONI AL DIRITTO DI ACCESSO

ART. 24 L. 241/1990



ACCESSO AGLI ATTI

ECCEZIONI AL DIRITTO DI ACCESSO

ART. 24 L. 241/1990



Prevede limiti al diritto di accesso

- Comma 1: esclusioni assolute***
- Comma 5: temperamento alle esclusioni***



ACCESSO AGLI ATTI

DOCUMENTI ESCLUSI DAL DIRITTO DI ACCESSO

Art. 24. (Esclusione dal diritto di accesso)

1. Il diritto di accesso è escluso:

- a) *per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;*
- b) *nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;*
- c) *nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;*
- d) *nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.*



ACCESSO AGLI ATTI

DOCUMENTI ESCLUSI DAL DIRITTO DI ACCESSO

Art. 24. (Esclusione dal diritto di accesso)

5. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso.



ACCESSO AGLI ATTI

DOCUMENTI ESCLUSI DAL DIRITTO DI ACCESSO

Art. 24. (Esclusione dal diritto di accesso)

7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale



ACCESSO AGLI ATTI

COME SI ESERCITA IL DIRITTO DI ACCESSO?

QUALI MODALITA'?



ACCESSO AGLI ATTI

COME SI ESERCITA IL DIRITTO DI ACCESSO? QUALI MODALITA'?

Art. 25. (Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi)

COMMA 1. *Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge.*

L'esame dei documenti è gratuito.

Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura.



ACCESSO AGLI ATTI

COME SI ESERCITA IL DIRITTO DI ACCESSO? QUALI MODALITA'?

Art. 25. (Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi)

COMMA 2. La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata. Essa deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente.

COMMA 3. Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 e debbono essere motivati.



ACCESSO AGLI ATTI
COME SI ESERCITA IL DIRITTO DI ACCESSO?
QUALI MODALITA'?

Art. 25. (Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi)

COMMA 4. Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 nonché presso l'amministrazione resistente. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza.



ACCESSO AGLI ATTI
COME SI ESERCITA IL DIRITTO DI ACCESSO?
QUALI MODALITA'?

Art. 25. (Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi)

4. ... Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui al comma 5 decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa. Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- ***accesso “documentale” (ex L. 241/90)***
- ***accesso civico c.d. “semplice” (d.lgs 33/2013)***
- ***accesso civico “generalizzato” (introdotta dal d.lgs. n. 97 del 2016)***



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **accesso “documentale” (ex L. 241/90)**

collegato alle specifiche esigenze del richiedente e caratterizzato dalla connotazione strumentale agli interessi individuali dell'istante, posto in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini che legittima il diritto di conoscere e di estrarre copia di un documento amministrativo;



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso “documentale” (ex L. 241/90)*

Il legislatore riconosce ai soggetti interessati attraverso la disciplina dell'accesso documentale la possibilità di tutelare “posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari”.

In pratica, ai fini dell'istanza di accesso documentale il **richiedente 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”**.

La tutela riconosciuta dal legislatore ai soggetti interessati consente, quindi, un'ostensione approfondita e connessa con la tutela dei diritti dell'istante.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **accesso “documentale” (ex L. 241/90)**

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

1. La valutazione **dell’esistenza di un interesse “qualificato”** come da dettato normativo;
2. In caso di dati particolari (dati genetici e/o idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale), la presenza di un interesse di pari portata;
3. L’impossibilità di utilizzare questo diritto per esercitare un “controllo generalizzato dell’amministrazione”.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **accesso “documentale” (ex L. 241/90)**

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

Il responsabile del procedimento, quindi, laddove debba decidere se concedere o negare la richiesta di accesso agli atti, dovrà compiere una valutazione oggettiva sulla base della situazione specifica (che non tenga conto soltanto della motivazione prodotta dal richiedente) volta a rilevare:



ACCESSO AGLI ATTI TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso “documentale” (ex L. 241/90)*

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

1. l'interesse:

diretto: che ci sia, cioè, una connessione evidente tra l'istante e il documento;

concreto: che l'esigenza di tutela non sia astratta né meramente ipotetica;

attuale: che il documento abbia riflessi attuali sulla posizione giuridica tutelata.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso “documentale” (ex L. 241/90)*

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

2. la corrispondenza:

Il nesso di strumentalità o la connessione con una situazione giuridica che l'ordinamento protegge attraverso la concessione di strumenti di tutela (non importa se essi siano giurisdizionali o amministrativi);

ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso “documentale” (ex L. 241/90)*

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

Valutata positivamente la pertinenza della richiesta, la P.A. dovrà consentire all'istante l'accesso totale anche a quei documenti che dovessero contenere informazioni personali (rispettando ovviamente le ulteriori procedure previste dalla norma), ai sensi dell'art. 24, comma 7

ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso “documentale” (ex L. 241/90)*

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

L'art 24 comma 7 della L. 241/90 statuisce infatti, in linea di principio, la sostanziale priorità del diritto all'accesso ai documenti amministrativi sul diritto alla riservatezza dei terzi in tutti quei casi in cui l'istanza ostensiva sia preordinata alla tutela ed alla difesa di propri interessi giuridici.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **accesso “documentale” (ex L. 241/90)**

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

Nello specifico, però, l'operatore dovrà operare alcune distinzioni riassumibili in **tre punti**:

1. con riferimento ai **dati personali comuni**, il diritto all'accesso ai documenti amministrativi prevale sempre sull'interesse alla riservatezza, a prescindere dalla preordinazione dell'accesso ad esigenze di difesa;



ACCESSO AGLI ATTI TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso “documentale” (ex L. 241/90)*

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

Nello specifico, però, l'operatore dovrà operare alcune distinzioni riassumibili in tre punti:

2. con riferimento ai dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od o organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale) il diritto d'accesso prevale solo laddove sia strettamente necessario alla tutela del diritto di difesa di interessi giuridici dell'istante;



ACCESSO AGLI ATTI TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso “documentale” (ex L. 241/90)*

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

Nello specifico, però, l'operatore dovrà operare alcune distinzioni riassumibili in tre punti:

3. con riferimento ai dati genetici e/o idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, secondo la disciplina dell'attuale codice privacy (art 60 D.lgs. 196/03), il diritto di accesso prevale esclusivamente “se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale”.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso civico “semplice” (d.lgs 33/2013)*

L'accesso civico cd “semplice” ha una portata alquanto limitata in quanto riguarda esclusivamente la possibilità di accedere a documenti, informazioni e dati oggetto di pubblicazione obbligatoria (articolo 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013).

Non richiede, infine, requisiti di qualificazione da parte del richiedente e può essere esercitato da chiunque in caso di mancata pubblicazione.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso civico “semplice” (d.lgs 33/2013)*

Art. 5. Accesso civico a dati e documenti
(articolo così sostituito dall'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 97 del 2016)

1. L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- *accesso civico “semplice” (d.lgs 33/2013)*

Finalità di questa tipologia di accesso

Viene rivolto dall'istante al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza per assicurare il rispetto dei dettami previsti dal d.lgs. 33/2013 anche in caso di “pigrizia” dell'ente.

Il bilanciamento tra i principi, in questo caso, seguirà le regole sulla pubblicità (comprese le attività di oscuramento e deindicizzazione dei contenuti).



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**

Senza alcuna necessità di motivazione né di interesse, può essere rivolto a *“tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione”* e richiede necessariamente un provvedimento espresso e motivato, da comunicare al richiedente e agli eventuali controinteressati, nel termine di trenta giorni dalla presentazione della domanda. Termine derogabile (per ulteriori 10 giorni) soltanto quando la richiesta deve essere comunicata a un eventuale controinteressato.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**

Non prevedendo un interesse giuridico soggettivo da proteggere può essere esercitato da chiunque e porta molto spesso ad una attività valutativa complessa per gli uffici chiamati di volta in volta a bilanciamento tra l'interesse pubblico alla divulgazione generalizzata e la tutela di alcune posizioni considerate meritevoli dall'ordinamento ed esplicitate all'interno del d.lgs. 33/2013.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- Accesso civico “generalizzato”

Art. 5. d.lgs. n. 33/2013 Accesso civico a dati e documenti

Comma 2. *Allo 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, **chiunque** ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.*



- **Accesso civico “generalizzato”**

Art. 5-bis. Esclusioni e limiti all'accesso civico (articolo introdotto dall'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 97 del 2016)

Comma 1.

1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;*
- b) la sicurezza nazionale;*
- c) la difesa e le questioni militari;*
- d) le relazioni internazionali;*
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;*
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;*
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive.*

ACCESSO AGLI ATTI TIPOLOGIE DI ACCESSO

- Accesso civico “generalizzato”

Art. 5-bis. Esclusioni e limiti all'accesso civico (articolo introdotto dall'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 97 del 2016)

Comma 2, 3, 4

2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;

b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;

c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

4. Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**

Finalità di questa tipologia di accesso

Scopo di questo tipo di accesso è quello 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”.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

L'amministrazione chiamata in causa è tenuta, in primo luogo, a verificare la presenza di eccezioni assolute (quelle contenute nell'art 5 bis al comma 1) e in secondo luogo se l'ostensione degli atti possa determinare un pregiudizio concreto e probabile agli interessi indicati dal legislatore. Deve, cioè, sussistere un preciso nesso di causalità tra l'accesso e il pregiudizio che non sempre è facile rilevare.

ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**
QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

L'amministrazione dovrà infatti:

- a) indicare chiaramente quale – tra gli interessi elencati all'art. 5 bis, co. 1 e 2 – viene pregiudicato;
- b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla divulgazione dell'informazione richiesta;
- c) valutare se il pregiudizio conseguente alla divulgazione è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile.



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

L'art. 5 bis, comma 4, secondo alinea, dà la possibilità per gli uffici di consentire un accesso parziale ai documenti richiesti se i limiti rilevati dall'amministrazione “riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto” (è possibile cioè l'ostensione del documento oscurando ad esempio i dati personali ivi presenti).



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

Gli enti, infatti, sono tenuti a privilegiare la scelta che, pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto, sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente. Il principio di proporzionalità, infatti, esige che le deroghe non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito (cfr. sul punto CGUE, 15 maggio 1986, causa C-222/84; Tribunale Prima Sezione ampliata 13 aprile 2005 causa T 2/03).



ACCESSO AGLI ATTI

TIPOLOGIE DI ACCESSO

- **Accesso civico “generalizzato” (art. 5 co.2 del d.lgs. n. 33/2013).**

QUALI VALUTAZIONI DEVE EFFETTUARE LA P.A.?

Nella risposta negativa o parzialmente tale, sia per i casi di diniego connessi all'esistenza di limiti di cui ai commi 1 e 2 che per quelli connessi all'esistenza di casi di eccezioni assolute di cui al comma 3, l'amministrazione è tenuta a una **congrua e completa motivazione**.

ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO



Art. 24, comma 7 L. 241/1990

7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO



Art. 24, comma 7 L. 241/1990

Quali confini al suo esercizio?



ACCESSO AGLI ATTI
L'ACCESSO DIFENSIVO



Quali confini al suo esercizio?

**Rapporto tra l'accesso (difensivo) ed il DIRITTO
ALLA RISERVATEZZA.**



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO



Quali confini al suo esercizio?

La regola generale ai fini dell'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, secondo la giurisprudenza prevalente (ex multis Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3083) è che le esigenze di tutela della segretezza e riservatezza previste dalla legge n. 241/1990, sono recessive rispetto al diritto di accesso difensivo disciplinato dall'art. 24, comma 7, della Legge 241/90, ma non in modo assoluto.

ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO

LA GIURISPRUDENZA...

esistono due indirizzi ermeneutici contrastanti, che propongono soluzioni diametralmente opposte, in ragione del diverso rilievo (complementare o prevalente) riconosciuto agli strumenti di acquisizione documentale in funzione probatoria previsti dall'ordinamento processualcivilistico.



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO

LA GIURISPRUDENZA...

**pronuncia dell'Adunanza Plenaria Consiglio di Stato n.
19 del 2020**



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO

Adunanza Plenaria n. 19 del 2020

Sancisce la possibilità di esercitare l'accesso documentale difensivo - ed in particolare l'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria - indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO

Adunanza Plenaria n. 19 del 2020

Sotto il profilo normativo, quindi, tutti i documenti amministrativi sono accessibili ai sensi degli artt. 22 ss. l. n. 241/1990 anche i documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, acquisiti e conservati nell'anagrafe tributaria gestita dall'Agenzia delle Entrate che includono la banca dati reddituale e l'archivio dei rapporti finanziari, alla luce di quanto disposto dall'art. 6, comma 7, d.P.R. n. 605/1973 e ss. mm. ii.



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO e DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

Adunanza Plenaria n. 19 del 2020

L'unica eccezione in ordine ai limiti del diritto di accesso e precisamente al rapporto tra diritto di accesso e riservatezza, è data dall'art. 24 comma 7, che riconosce all'interessato un accesso difensivo, stabilendo che deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Ne consegue



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO e DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

Adunanza Plenaria n. 19 del 2020

Ne consegue che all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, esistono due fattispecie particolari:

- 1) l'accesso cd. difensivo e
- 2) l'accesso partecipativo,

che danno vita a due logiche interpretative differenti cui è preposto l'esercizio del potere amministrativo, secondo regole procedurali nettamente differenziate.



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO e DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

Adunanza Plenaria n. 19 del 2020

La logica partecipativa è imperniata sul principio generale della massima trasparenza possibile.

La logica difensiva è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela e si traduce in un onere, che grava sulla parte interessata, di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario per la cura o la difesa dei propri interessi.

In quest'ottica l'esercizio del diritto di accesso difensivo non necessita l'attualità della pendenza di una lite (dinanzi al giudice civile o ad altro giudice) anche se, certamente, essa può costituire un elemento utile per valutare la concretezza e l'attualità dell'interesse legittimante all'istanza di accesso.



ACCESSO AGLI ATTI

L'ACCESSO DIFENSIVO e DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

Adunanza Plenaria n. 19 del 2020

il cd. “collegamento al documento del quale è chiesto l'accesso” in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che deve interessare la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite.

Questa esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dal successivo art. 25, comma 2, l. n. 241/1990, ai sensi del quale la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata.



ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

**LA STAZIONE APPALTANTE, A FRONTE DI UNA
RICHIESTA DI ACCESSO AGLI ATTI,
PUÒ RIVELARE QUALUNQUE CONTENUTO DEGLI ATTI
DI GARA?**



ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

QUALI SONO LE NORME CHE DISCIPLINANO
L'ACCESSO AGLI ATTI NELLE GARE PUBBLICHE?



Art. 53 D.L.gs. N. 50/2016



ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'ACCESSO AGLI ATTI NEL D.L.gs. N. 50/2016

Art. 53. (Accesso agli atti e riservatezza)

COMMA 1. «Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti».



Art. 53. (Accesso agli atti e riservatezza)

COMMA 2. «Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, **fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;**

b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, **fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime;** ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, **fino all'aggiudicazione;**

d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, **fino all'aggiudicazione.**

3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti».

Art. 53. (Accesso agli atti e riservatezza)

COMMA 5. «Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, **segreti tecnici o commerciali**;
- b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- c) 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;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da **diritti di privativa intellettuale**».

ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'ACCESSO AGLI ATTI NEL D.L.gs. N. 50/2016

Art. 53. (Accesso agli atti e riservatezza)

COMMA 6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto».



ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'ACCESSO AGLI ATTI NEL D.L.gs. N. 50/2016

La giurisprudenza

Il Consiglio di Stato con la decisione del 26 ottobre 2018 n.6083, si è soffermato sulla portata della nuova disciplina posta dall'art. 53 del decreto legislativo n. 50/2016 in tema di diritto all'accesso c.d. difensivo alle offerte nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.



Consiglio di Stato 26 ottobre 2018 n.6083 (3)

In prime cure, il T.A.R. Trieste – con la decisione n. 214/2017 – aveva accolto il ricorso proposto dalla terza in graduatoria per ottenere l'accesso alla documentazione di gara dell'aggiudicataria (compresa l'offerta completa e l'eventuale documentazione presentata a giustificazione dell'offerta anomala), che la Stazione appaltante aveva inizialmente negato, stante l'opposizione manifestata dalla stessa aggiudicataria (invocando il segreto tecnico e commerciale).

Il TAR aveva accolto il ricorso in relazione alla regola generale della nuova disciplina dell'accesso contenuta all'art. 53 che ha riconosciuto la preminenza del cd "accesso difensivo" "ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto", e rilevandosi per altro e correlato verso come, nello specifico, il segreto commerciale invocato dalla controinteressata non risultasse provato e che non poteva al contempo dubitarsi del carattere difensivo della richiesta di accesso formulata da parte ricorrente.

Consiglio di Stato 26 ottobre 2018 n.6083 (3)

Il Consiglio di Stato ha ribaltato la decisione di prime cure, rammentando anzitutto come, in via di principio, “*Un **punto di equilibrio** tra esigenze di riservatezza e trasparenza nell’ambito delle procedure di evidenza pubblica finalizzata alla stipula di contratti di appalto si rinviene nella disciplina di settore dettata dal d.lgs. 50/2016, la quale fa prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, salvo ripristinare la fisiologica dinamica dell’accesso a procedura conclusa, con espressa eccezione per “le informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali..” (vedi CdS, sez.III, n.1213/2017).*

Consiglio di Stato 26 ottobre 2018 n.6083 (3)

“..lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito – ad avviso del Collegio – dal parametro della “stretta indispensabilità” di cui all’art. 24, co. 7, secondo periodo, della l.n. 241/1990 giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell’interesse di una parte – mossa dall’esigenza di “curare o difendere propri interessi giuridici” – rispetto all’interesse di un’altra parte, altrettanto mossa dall’esigenza di “curare o difendere propri interessi giuridici” legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso..” (vedi CdS. Sez.V.1692/2017).

Consiglio di Stato 26 ottobre 2018 n.6083 (3)

Alla luce dei riportati principi generali, il Collegio decidente ha ritenuto come, nel caso di specie, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo" ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato, "...risulta necessario l'accertamento dell'eventuale **nesso di strumentalità** esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate..." e, "sotto diverso, ma speculare aspetto", che "..l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce...".

Consiglio di Stato 26 ottobre 2018 n.6083 (3)

Il rispetto della disciplina di cui all'art. 53 del D.LGS. n.50/2016 in relazione all'interesse a ricorrere (di cui all'art.35 cpa ed all'art.100 cpc) comporta

«un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta ed, in conseguenza, il necessario preliminare espletamento della cd prova di resistenza nei confronti dell'offerta della ricorrente, allo specifico fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso».

ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'ACCESSO AGLI ATTI NEL D.L.gs. N. 50/2016

Consiglio di Stato 26 ottobre 2018 n.6083 (3)

Il Consiglio di Stato, infine, conferma il principio secondo cui

«la sussistenza di un segreto tecnico o commerciale, cioè di un quid pluris rispetto alla mera “riservatezza” della documentazione oggetto dell’accesso, è idonea ad escludere, ove motivata e comprovata, l’esercizio del diritto di accesso».



ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'ACCESSO AGLI ATTI NEL D.L.gs. N. 50/2016

Consiglio di Stato del 07 gennaio 2020, n. 64

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, affronta la vexata questio iuris dei limiti dell'ostensibilità degli atti di gara coperti da "Know-how" aziendale.



Consiglio di Stato del 07 gennaio 2020, n. 64 (4)

Caso concreto

Gara per l'affidamento della progettazione e dei lavori di adeguamento e riqualificazione dell'infrastruttura di volo e dei relativi impianti all'interno dell'aeroporto di Brindisi, per cui all'esito della gara e della valutazione delle offerte, prima in graduatoria era un'associazione temporanea tra imprese.

Un concorrente formalizzava istanza di accesso, finalizzata ad ottenere tutti gli atti di gara e la documentazione relativa all'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria.

L'ATI aggiudicataria, in sede di contraddittorio, negava l'assenso all'ostensione dei documenti relativi all'offerta tecnica rivendicandone il segreto industriale in quanto, a suo dire, le relazioni tecniche e le schede illustrative rappresentavano il know – how degli investimenti nell'innovazione, della qualificazione professionale e del proprio lavoro imprenditoriale.

ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'ACCESSO AGLI ATTI NEL D.L.gs. N. 50/2016

Consiglio di Stato del 07 gennaio 2020, n. 64 (4)

In primo grado, il giudice accoglieva il ricorso sull'accesso, ingiungendo alla Stazione Appaltante di mettere a disposizione i documenti richiesti richiamando “le intrinseche ragioni di trasparenza” proprie delle procedure selettive pubbliche.

L'ATI aggiudicataria proponeva appello e il Consiglio di Stato riformava la decisione del TAR.



Consiglio di Stato del 07 gennaio 2020, n. 64 (4)

il Consiglio di Stato ha previsto l'esclusione dall'ostensibilità propria degli atti di gara di quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il c.d. know – how) precisando che:

“si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali..”



Consiglio di Stato del 07 gennaio 2020, n. 64 (4)

La ratio legis è di far sì che, proprio con riguardo ad una gara pubblica, che non deroga ma assicura la corretta competizione tra imprese, del diritto di accesso non si possa fare un uso emulativo, ad esempio da parte di contendenti che potrebbero formalizzare l'istanza allo scopo precipuo di giovare di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri (Cons. Stato, VI, 19 ottobre 1990, n. 6393). Ne viene che la scelta di prendere parte ad una procedura competitiva non implica un'impropria accettazione del rischio di divulgazione di segreti industriali o commerciali, i quali – almeno in principio – restano sottratti, a tutela del loro specifico valore concorrenziale, ad ogni forma di divulgazione.



ACCESSO AGLI ATTI DI GARA

L'ACCESSO AGLI ATTI NEL D.L.gs. N. 50/2016

Consiglio di Stato del 07 gennaio 2020, n. 64 (4)

In conclusione, dunque, del diritto di accesso non può farsi un uso emulativo e strumentale.



Grazie per l'attenzione!

