**Con il Codice dei contratti 163/2006 agli articoli 13 e 79 è stata introdotta una normativa specifica sull’accesso agli atti che si affianca a quella preesistente che fa capo alla legge 241/90.**

Questa normativa è stata ripresa dal nuovo codice dei contratti il 50/2016 e regolata dall’art.53.

Ci si chiede come mai si è ritenuto indispensabile introdurre specifiche disposizioni in materia di accesso agli atti nei contratti pubblici?

La risposta è duplice:

in questo settore è importante tutelare alcune esigenze specifiche che non sono tutelate dalla norma generale sull’accesso e cioè cercare di contemperare a dei principi che in un certo senso sono opposte, cioè da una parte garantire la trasparenza negli appalti, dall’altro garantire la riservatezza delle offerte.

Pertanto l’esigenza volta a tutelare il principio di concorrenza delle imprese ha portato ad introdurre la direttiva 2004/18/CE (art. 6) la quale, nell’ottica di impedire la divulgazione di notizie che potrebbero turbare il corretto svolgimento della concorrenza tra imprese,

prescriveva alle stazioni appaltanti di non rivelare informazioni considerate riservate (in quanto comprendenti segreti tecnici o commerciali ed aspetti riservati delle offerte).

Quindi il primo motivo è garantire la riservatezza delle imprese e tutelare la segretezza delle offerte.

Il secondo motivo è limitare l’accesso agli atti per assicurare il regolare svolgimento della gara.

**Es. differimento dell’accesso: non divulgare, fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, l’elenco degli operatori economici che hanno presentato offerta.**

Ci si pone a questo punto quale rapporto vige tra la norma di carattere generale e la norma specifica, qui è intervenuta kla giurisprudenza stabilendo che questo rapporto va visto in termini di complementarità, cioè tutte le volte che la legge diciamo speciale non prevede particolari aspetti legati all’accesso il riferimento rimane la legge generale.

**Es., se parliamo di accesso generalizzato, l’art. 53 non ne fa alcun accenno, pertanto è chiaro che dobbiamo fare riferimento alla legge generale che com’è noto non consente un accesso generalizzato agli atti.**

**Adesso entriamo nel merito di chi sono i soggetti legittimati all’accesso.**

In base all’art. 22 della legge n. 241/1990, la legittimazione attiva ad accedere ai documenti amministrativi è ancorata all’accertamento della sussistenza di un **interesse diretto, concreto ed attuale** all’accesso (collegamento tra la situazione giuridica da tutelare e il documento richiesto

L’art. 53 non fa menzione di chi sono i soggetti legittimati, ma si limita a citare i concorrenti alla procedura di gara.

**Es. se una gara è stata aggiudicata il secondo , il terzo concorrente etc.. hanno un interesse legittimo ad accedere a tutti i documenti di gara**

 **Il soggetto escluso**, anch’esso ha pieno diritto di accesso, mettiamo per esempio che il concorrente sia stato escluso in quanto non ha raggiunto il punteggio minimo previsto dal bando gara nell’offerta tecnica, ebbene quest’ultimo ha un interesse all’accesso.

Tuttavia se una ditta è stata esclusa e npon ha presentato ricorso ovvero la sentenza è passata in giudicato, allora la giurisprudenza sostiene che l’impresa non ha più diritto all’accesso, in sostanza tu avevi la possibilità di presentare il ricorso, non lo hai fatto pertanto non hai più diritto, c’e da dire comunque che questo è solo un orientamento giurisprudenziale che va per la maggiore.

Poi vi è il **soggetto esterno alla gara.**

Normalmente possiamo affermare che chi non ha partecipato alla gara non può vantare un interesse all’accesso, perché se voleva poteva partecipare alla gara , ma non lo ha fatto quindi non può vantare alcun diritto.

Tuttavia la giurisprudenza ha esaminato una serie di casi in cui si intravede un interesse anche in capo a chi non ha partecipato alla gara.

**Es . istanza di accesso di chi non ha partecipato alla gara per avere conferma di un elemento, per esempio se un’altra ditta che ha partecipato alla gara non ha avuto condanne penali, questo perché le due ditte partecipano ad un’altra gara, quindi sussiste un interesse alla ditta che non ha partecipato.**

**Es. è stata avviata una procedura negoziata aperta ad almeno 5 operatori, alora una ditta che è operatrice del settore di riferimento della gara, e che non è stata invitata, puo vantare un interesse nel momento che viene a sapere che la s.A. aveva invitato solo 3 operatori anziché 5.**

**Quali sono gli atti diritto di accesso?**

* Atti formati dalla stazione appaltante (es. verbali di gara, proposta di aggiudicazione, documentazione interna sulla verifica di anomalia dell’offerta; delibera di aggiudicazione, ecc.);
* Atti di provenienza privata (es. offerte tecniche ed economiche, dichiarazioni sostitutive, certificazioni, ecc.);
* Atti adottati da pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante (es. documenti relativi alla verifica dei requisiti di ordine generale come DURC, Certificazioni di regolarità fiscale, Certificato del casellario giudiziale, ecc).

In sostanza tutti gli atti che attengono alla procedura di affidamento e tutti quelli che attengono alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

La giurisprudenza conferma l’accessibilità agli atti di esecuzione, fermo restando che l’istanza deve essere supportata da una specifica posizione legittimante e non deve tradursi in una iniziativa di carattere **meramente esplorativo .**

**IL codice dei contratti oltre ad introdurre l’art.53 sull’acceso agli atti ha introdotto l’art.29 che prevede che** tutti gli atti delle stazioni appaltanti relativi alla **programmazione degli** appalti e concessioni ed alle procedure di l’affidamento devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione «*Amministrazione trasparente*», con applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 33/2013.

Vanno pubblicati:

* La determina a contrarre
* Il provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni all’esito della procedura di controllo della documentazione amministrativa e a seguito di eventuale applicazione del soccorso istruttorio, tale provvedimento dovrà prevedere prima la comunicazione via pec a tutti con l’indicazione dell’ufficio ove sono presenti gli atti di gara
* La composizione dlla Commissione giudicatrice e i curricula dei suoi dipendenti a chiusura del contratto il resoconto della gestione finanziaria.

E’ palese che gli articoli del codice impattano con il rispetto della legge 241.

Ad esempio è venuta meno con il nuovo codice la disposizione prevista dall’art.79 comma 5 quater del vecchio codice, la quale prevedeva diciamo un “finestra” attraverso il cosiddetto accesso informale , anche consentendo alla S.A. di rispondere nel termine di 10 giorni, adesso questo non è più consentito nel senso che si applica la 241 che come è noto prevede i 30 giorni.

Questo si puoòritenere un aspetto non positivo, in quanto allunga le fasi della procedura.

**IL DIFFERIMENTO**

Il d.lgs. n. 50/2016 prevede un obbligo di differimento dell’accesso in talune tassative fattispecie (art. 53 comma 2), la cui violazione, per i pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio rileva ai fini dell’art.326 c.p. («*rivelazione ed utilizzazione di segreti d’ufficio*»).

1. nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime; TUELARE IL PROFILO CONCORRENZIALE
2. 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.

Busta A dopo la pubblicazione dell’elenco

Buste B E C dopol’aggiudicazione.

**Le ipotesi di esclusione del diritto di accesso relative alle offerte e alle giustificazioni**

sono escluse dal diritto di accesso 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*»

Sono sottratti all’accesso i segreti tecnici e commerciali e cioè la documentazione di offerta suscettibile di rivelare il *Know how* industriale e commerciale delle imprese concorrenti > il riferimento al «segreto» è concetto più stringente rispetto alla riservatezza

Il carattere di segretezza delle informazioni deve risultare da motivata e comprovata dell’offerente > si deve trattare di una dichiarazione analitica e che consenta di “oscurare” mediante “omissis” le sole parti dell’offerta (o delle giustificazioni) aventi carattere di segretezza

L’opposizione dell’impresa controinteressata (fondata sulla sussistenza di informazioni di carattere segreto nell’offerta) resta soggetta alla valutazione della stazione appaltante, in ordine alla validità e pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell’opposto diniego > la stazione appaltante non può recepire acriticamente una generica opposizione all’accesso.

La direttiva europea prevedeva che oltre alle informazioni di cui sopra fossero sottratti all’accesso anche “altri elementi riservati dell’offerta”

Ma in Italia la direttiva in questo senso non è stata recepita per cui rimangono sottratti all’accesso solo quei documenti che costituiscono segreti commerciali e tecnici.

Il carattere di segretezza però deve emergere non da una generica dichiarazione della ditta , ma da una motivata e comprovata dichiarazione con la quale la ditta tutela i propri segreti tecnici.

È opportuno a questo punto che la S.A. predisponga gia questo passaggio nel bando di gara, e cioè che le ditte forniscano una dichiarazione completa e motivata di negazione all’accesso.

**L’accesso difensivo**.

Viene consentito al concorrente anche alle parti coperte da segreto tecnico in caso di difesa in giudizio.

In questo caso è evidente che può vantare questo diritto solo la seconda ditta classificata e non la 3^ o la 4^ perche a questo punto si intravede soltanto curiosità