Il Presidente

...omissis...

Fascicolo ANAC n. 3839/2022

Oggetto: Richiesta di parere concernente l'accesso agli atti relativi all'esecuzione di un contratto pubblico di concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza post-incidente, affidato dal Comune di *...omissis...*

In riferimento alla questione sottoposta all'esame della scrivente Autorità - con nota acquisita al prot. ANAC n. 66898 del 18 agosto 2022 - si rappresenta quanto segue.

È pervenuta un'istanza di parere in merito al corretto svolgimento di un procedimento di accesso agli atti di gara. Più precisamente, il secondo classificato nella procedura indetta dall'amministrazione comunale con lettera d'invito prot. n. 25953 del 29 novembre 2019 - avente ad oggetto la concessione del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza post-incidente - aveva chiesto di conoscere alcuni documenti afferenti la fase dell'esecuzione, quali "*indicazione della sede del CLO della MPM e documentazione attestate il titolo (contratto di governance), libretti di circolazione dei 2 VOS indicati dall'aggiudicatario in sede di gara e documentazione attestante gli interventi effettuati dalla MPM in occasione delle attivazioni da parte del Comando di Polizia Locale e relativa documentazione fotografica ed indicazione del CLO intervenuto e del mezzo utilizzato*". Acquisito l'atto di opposizione dei controinteressati, il Comune aveva rigettato l'istanza riscontrando la prevalente esigenza di tutela degli interessi commerciali delle parti coinvolte oltre che l'inammissibilità della richiesta di elaborazione di dati in possesso dell'amministrazione. In considerazione del rinnovo dell'istanza da parte dell'operatore economico, è stato chiesto di chiarire i seguenti punti:

a) disciplina applicabile al diritto di accesso esercitato dall'operatore economico, chiarendo se debba farsi riferimento agli istituti dell'accesso documentale, dell'accesso civico generalizzato e/o delle disposizioni dettate dall'art. 53 d.lgs. n. 50/2016;
b) sussistenza di interessi economici/commerciali o segreti commerciali ai sensi dell'art. 5 bis, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 33/2013 o ai sensi dell'art. 24, comma 6, lett. d), l. n. 241/1990 nei documenti di cui si chiede l'accesso;
c) soppressione dell'art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, concernente il divieto di subappalto ad operatori economici che hanno partecipato alla procedura di gara, per effetto dell'art. 10, comma 1, l. n. 238/2021 precisando la decorrenza della sua efficacia abrogativa;
d) applicabilità al caso di specie dell'art. 2, comma 2, d.P.R. n. 184/2006 secondo il quale "*La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso*".

L'accesso generalizzato si differenzia dall'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990 (cd. "accesso documentale") per presupposti e disciplina. Più specificamente, ai sensi della l. n. 241/1990 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*", dovendosi escludere che l'istituto possa tradursi in uno strumento di controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione. Al contrario, la *ratio* sottesa all'accesso generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 è proprio quella 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*". Con la determinazione A.N.AC. n. 1309/2016, inoltre, è stato ulteriormente chiarito l'ambito operativo di ciascuna forma di accesso, evidenziando come un'istanza ex l. n. 241/1990 può consentire un accesso "*più in profondità a dati pertinenti*", mentre nel caso dell'accesso generalizzato "*le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità*" ma più ampio, potendo interessare non solo documenti bensì anche dati e informazioni. Ne consegue che "*quando è stato concesso un accesso generalizzato non può essere negato, per i medesimi documenti e dati, un accesso documentale*".

Il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 2 aprile 2020 n. 10, ha ulteriormente approfondito i rapporti tra l'accesso documentale, generalizzato e "speciale" previsto dal codice dei contratti pubblici, giungendo alle seguenti conclusioni. In primo luogo è stato rilevato come le diverse tipologie di accesso siano improntate a una logica di integrazione e non di netta separazione: in tal senso la disciplina dettata dalla l. n. 241/1990 e quella prevista dal d.lgs. n. 33/2013 non si pongono unicamente in un rapporto di genere a specie rispetto alle ipotesi settoriali, occorrendo piuttosto ricorrere ad un "*canone ermeneutico di completamento/inclusione*". Con specifico riferimento, poi, al settore dei contratti pubblici, i giudici hanno affermato che l'accesso civico generalizzato opera anche in relazione ai documenti di gara, inclusi quelli relativi alla fase dell'esecuzione. Non osta in tal senso l'eccezione dell'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013 in combinato disposto con l'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 e con le previsioni della l. n. 241/1990, che non esenta in senso assoluto la materia dall'accesso civico generalizzato "*ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite*". L'accesso civico generalizzato, pertanto, non solo è consentito in questa materia, ma "*è doveroso perché connaturato all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica, perché operi, in funzione della trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti rispetto ai quali non vigono i numerosi obblighi di pubblicazione*".

In altri termini, una medesima istanza di accesso può essere formulata dal privato con riferimento tanto alla l. n. 241/1990 quanto al d.lgs. n. 33/2013, potendo altresì trovare applicazione l'eventuale normativa settoriale applicabile al caso concreto. In questa eventualità il Consiglio di Stato precisa che "*la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere l'una e l'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza*". Con riguardo alla fattispecie rappresentata, si osserva che l'istanza proposta dall'operatore economico richiama sia l'accesso documentale sia quello generalizzato. Di conseguenza l'amministrazione comunale è tenuta preliminarmente a verificare l'esistenza di un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti, preesistente all'accesso nonché l'eventuale applicabilità dei limiti indicati dall'art. 53 d.lgs. n. 50/2016. Qualora tale accertamento produca esito negativo occorrerà in ogni caso valutare l'ostensibilità degli atti ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013, ancorché nel rispetto delle eccezioni previste dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. cit.

In ordine alla verifica di tali limiti, il Consiglio di Stato ha osservato che "*non sussista a monte, nella scala valoriale del legislatore, una priorità ontologica di alcuni interessi rispetto ad altri, sicché è rimesso all'amministrazione effettuare un adeguato e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti. Tale valutazione andrà svolta bilanciando, in concreto, l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il c.d. test del danno o il c.d. test dell'interesse pubblico, in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto*".

Alla luce di quanto sopra riportato l'accertamento dei limiti all'accesso spetta esclusivamente all'amministrazione, richiedendo una valutazione dell'impatto che la conoscibilità dei dati e/o dei documenti specificamente richiesti potrebbe produrre. Pertanto, esula dalle competenze dell'Autorità l'espressione di giudizi sull'operatività dell'art. 5 bis d.lgs. n. 33/2013 in riferimento a fattispecie concrete.

Con riguardo all'applicabilità *ratione temporis* dell'art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50/2016 (in base al quale "*I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto*") si osserva che tale disposizione è stata abrogata dall'art. 10, comma 1, l. n. 238/2021, entrato in vigore il 1 febbraio 2022. L'abrogazione, tuttavia, produce effetti esclusivamente nei confronti di bandi e avvisi pubblicati successivamente a tale data e alle lettere di invito inviate successivamente alla medesima data in ossequio al principio *tempus regit actum*.

In considerazione di quanto sopra esposto si ritiene che nel caso di specie trovi applicazione la disciplina previgente più restrittiva, con conseguente divieto di affidamento in subappalto a favore di soggetti che abbiano partecipato alla gara. Ciò tenuto conto che le lettere d'invito per la partecipazione alla procedura indetta dal Comune di ...*omissis*... sono state trasmesse in data 29 novembre 2019 e, pertanto, in epoca anteriore all'abrogazione dell'art. 105, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 2, comma 2, d.P.R. n. 184/2006 sottrae l'amministrazione all'obbligo di elaborare i dati in suo possesso, ove necessario a riscontrare le istanze di accesso. Tale prescrizione è funzionale a contemperare il diritto del cittadino con l'esigenza di assicurare il buon andamento e la continuità dell'azione amministrativa, la quale potrebbe essere pregiudicata dall'aggravio connesso alla riorganizzazione delle informazioni oggetto d'interesse esterno. La disposizione richiamata trova diretta applicazione in materia di accesso documentale ed il principio ad essa sotteso è stato esteso dall'Autorità anche all'accesso civico generalizzato. In particolare, le Linee guida adottate con determinazione n. 1309/2016 chiariscono che "*Poiché la richiesta di accesso civico generalizzato riguarda i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (art. 5, comma 2 del decreto trasparenza), resta escluso che – per rispondere a tale richiesta – l'amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso. Pertanto, l'amministrazione non ha l'obbligo di rielaborare i dati ai fini dell'accesso generalizzato, ma solo a consentire l'accesso ai documenti nei quali siano contenute le informazioni già detenute e gestite dall'amministrazione stessa*".

Tanto premesso, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 12 ottobre 2022, ha disposto la trasmissione delle suesposte considerazioni.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 21 novembre 2022