



**DIREZIONE GENERALE
DELLA FUNZIONE PUBBLICA**

San Marino, 15 novembre 2018/1718 d.f.R.
Prot. n. 125667/2018

Preg.mo
**DIRIGENTE UO ACQUISTI, SERVIZI
GENERALI E LOGISTICA**
Dott. Giorgio Bonfè

e p.c. On.le
**SEGRETARIO DI STATO PER GLI AFFARI
INTERNI, LA FUNZIONE PUBBLICA, I
RAPPORTI CON LE GIUNTE DI CASTELLO,
LA SEMPLIFICAZIONE NORMATIVA, GLI
AFFARI ISTITUZIONALI E LA PACE**
Guerrino Zanotti

**OGGETTO : parere relativo alla richiesta di accesso ai documenti amministrativi riguardanti la
gara d'appalto n. /2018 - prot. -
- Asta Pubblica n. /CA/2018**

Con riferimento alla nota prot.n. 103029/2018 pervenuta dalla UO Acquisti, Servizi Generali e Logistica in merito alla richiesta di accesso da parte dell'impresa a copia di tutta la documentazione successiva al 20 giugno u.s. riguardante la gara d'appalto in oggetto, ed in particolare ai contratti sottoscritti con le attuali aggiudicatrici del bando, alle fatture di pagamento, ai fogli di controllo delle presenze ed agli eventuali richiami scritti, si rappresenta quanto segue.

In via preliminare occorre precisare come nella Vostra richiesta di parere si rilevino perplessità nel qualificare "soggetto interessato" in relazione alla documentazione oggetto di richiesta di accesso; ciò in quanto si assume che la citata documentazione, essendo strettamente connessa alla fase di esecuzione dei contratti in corso sottoscritti con le aggiudicatrici, costituisca atto preparatorio nell'ambito di procedimento amministrativo autonomo (esecuzione del contratto) rispetto al procedimento di aggiudicazione. In base a tale assunto il procedimento amministrativo di esecuzione del contratto terminerebbe con la verifica di conformità.

In ragione della ricostruzione ermeneutica prospettata da codesto spett.le ufficio soltanto le aggiudicatrici vanterebbero una posizione qualificata in relazione alla documentazione richiesta, e pertanto l'accesso sarebbe precluso anche alle imprese collocatesi in graduatoria, non aggiudicatricie dell'appalto.

In primo luogo risulta utile svolgere alcune considerazioni in ordine alla natura dei documenti oggetto di richiesta di accesso, con particolare riferimento al fatto che possano essere qualificati come documenti amministrativi.

Al riguardo si evidenzia come nell'ambito della nozione di documento amministrativo introdotta dall'articolo 26, comma 1 della Legge n. 160/2011 che include "tutti i documenti o insieme di documenti che siano comunque prodotti o ricevuti dalla Amministrazione nello svolgimento delle missioni e delle funzioni di tutela dell'interesse pubblico nonché di esercizio dei servizi pubblici [...]", sia ricompresa anche la suindicata documentazione in quanto collegata con lo svolgimento dell'attività amministrativa.

In secondo luogo si rileva che la fase di esecuzione del contratto non risulta configurare un procedimento amministrativo in quanto non finalizzata all'adozione di un provvedimento bensì allo svolgimento di un'attività; e pertanto, non risulta pertinente il richiamo all'articolo 4 del Decreto Legge 25 luglio 2016 n. 89.

Considerato che, come sopra esposto, la documentazione richiesta dalla nell'ambito della documentazione amministrativa, è necessario valutare se



REPUBLICA DI SAN MARINO

Via della Capannaccia, 13 - 47890 San Marino A4
T +378 (0549) 882837 - F +378 (0549) 882835
info.direzionegeneralefunzionepubblica@pa.sm



**DIREZIONE GENERALE
DELLA FUNZIONE PUBBLICA**

richiederne copia.

Al riguardo, si ritiene opportuno rammentare come il Decreto Legge n. 89/2016 abbia innovato la disciplina sull'esercizio di accesso agli atti ampliando la platea dei soggetti legittimati ad esercitare tale diritto ed introducendo il coinvolgimento del controinteressato, al fine di contemperare il principio di libera accessibilità e conoscibilità degli atti e dei provvedimenti amministrativi con le esigenze di tutela di posizioni giuridiche contrapposte.

Ai sensi dell'articolo 3, comma 2 del suindicato Decreto Legge l'ufficio competente a ricevere la richiesta di accesso è tenuto ad individuare coloro che potrebbero vantare posizioni giuridiche contrapposte rispetto alla richiesta di accesso ed, in caso positivo, provvedere alla notifica della suindicata richiesta a tale/i soggetto/i.

La normativa di riferimento prevede che sia compito del medesimo ufficio valutare gli interessi contrapposti alla richiesta, eventualmente espressi nell'opposizione, ed operare il relativo bilanciamento che potrebbe comportare una compressione, parziale o totale dell'esercizio del diritto di accesso. Nell'ambito di tale valutazione occorrerà commisurare le esigenze di tutela individuate dall'articolo 30 della Legge n. 160/2011 e successive modifiche ed eventuali esigenze di protezione dei dati personali con le finalità dell'accesso, determinando quale sia l'interesse prevalente ed in quale misura.

Nel caso in esame, in cui assumono la posizione di controinteressato le imprese aggiudicatrici che hanno sottoscritto i contratti di fornitura, nel valutare la richiesta di accesso l'Amministrazione dovrà tenere conto di eventuali opposizioni presentate dalle suindicate imprese. A meno che in sede di opposizione non emergano particolari esigenze tutelabili ai sensi dell'articolo 30 della Legge n. 160/2011, si propende per ritenere preminente la posizione della Splendor, la quale, essendosi utilmente classificata in graduatoria, risulta titolare di una posizione particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara.

A conforto della superiore interpretazione, si riporta un passaggio della sentenza del TAR di Bari del 27 giugno 2017, n. 741 ove si legge che *"il diritto di accesso quale principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza (art.22, co. 2, l. n. 241/1990), può subire limitazioni nei soli casi indicati dalla legge - costituenti eccezione in attuazione di un bilanciamento di valori costituzionalmente tutelati al detto principio generale - e non già sulla base di unilaterali valutazioni dell'Amministrazione in ordine alla maggiore o minore utilità dell'accesso ai fini di una proficua tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive dell'istante [...] e, dunque, è ammissibile anche quando siano decorsi i termini per l'impugnazione o se la pretesa sostanziale che sottende l'accesso sia infondata"*.

A completamento delle indicazioni fornite si rammenta che ai sensi dell'articolo 7 del Decreto Delegato n. 26/2015 i contratti di fornitura o somministrazione di beni e servizi sono ricompresi tra i documenti oggetto di accesso civico; in relazione a tali atti la pubblicazione sul portale dei servizi della Pubblica Amministrazione in area appositamente dedicata vale ad ogni effetto di legge come accesso agli atti di gara.

IL DIRETTORE DELLA FUNZIONE PUBBLICA

REPUBLICA DI SAN MARINO

Via della Capannaccia, 13 - 47890 San Marino A4
T +378 (0549) 882837 - F +378 (0549) 882835
info.direzionegeneralefunzionepubblica@pa.sm