

I GIUDICI DI PALAZZO SPADA FISSANO ALCUNI PALETTI IN MATERIA DI ACCESSO AGLI ATTI NEL SETTORE APPALTI

di Alessandro Paccione

Data di pubblicazione: 4-5-2018

1. Sussiste una “situazione giuridicamente tutelata” ai sensi dell’art. 22, comma 1, lett. b), della l. n. 241/1990 in capo ad una impresa affidataria in subappalto di prestazioni oggetto di un contratto d’appalto pubblico, la quale, a fronte degli inadempimenti della ditta subappaltante, faccia istanza di accesso alla documentazione relativa al contratto d’appalto, onde poter agire nei confronti dell’impresa debitrice e della stazione appaltante in forza dell’art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006. A nulla rileva che il subcontratto stipulato tra le parti non integri i parametri fissati dal comma 11 dello stesso art. 118 ai fini dell’integrazione di un subappalto, vista l’ampia rubrica dell’articolo in questione e il generico riferimento ad affidatari e cottimisti.
2. Non è generica e non dà luogo ad un controllo generalizzato sull’attività dell’amministrazione l’istanza di accesso proposta da una ditta subappaltatrice quando la richiesta di documentazione indirizzata alla p.a. sia delimitata attraverso il riferimento al rapporto negoziale trilaterale di cui la ricorrente stessa è parte insieme all’amministrazione appaltante e all’impresa subappaltante.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8078 del 2017, proposto da:
New Tek di Falco Raffaele, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Sara Di Cunzolo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma via Aureliana 63;

contro

Comune di Torre del Greco, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Elio Benevento, Francesco Nappo, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Nappo in Torre Del Greco, Complesso La Salle, via Generale Dalla Chiesa;

nei confronti

Castaldo S.p.A. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI n. 3620/2017, resa tra le parti, concernente il silenzio-diniego opposto dall'Amministrazione sull'istanza di accesso agli atti presentata dalla ricorrente al fine di ottenere la documentazione contabile, provvedimento ed eventualmente istruttoria relativa al contratto di appalto di progettazione e lavori stipulato tra il Comune di Torre del Greco e la Castaldo S.p.A.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre del Greco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 il Cons. Raffaele Proserpi e uditi per le parti gli avvocati Di Cunzolo, e Sasso per delega di Benevento;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ex art. 116 c.p.a proposto dinanzi al Tribunale amministrativo della Campania, la New Tek di Falco Raffaele impugnava, chiedendone l'annullamento, il silenzio diniego opposto dal Comune di Torre del Greco sull'istanza di accesso agli atti presentata il 13 dicembre 2016 al fine di ottenere tutta la documentazione contabile, provvedimento, ed eventualmente istruttoria relativa al contratto di appalto in corso con la Castaldo s.p.a. per la progettazione esecutiva e dei lavori del programma di riqualificazione degli spazi pubblici di relazione in Torre del Greco, istanza presentata nella qualità di subappaltante e motivata con l'inadempimento della Castaldo rispetto al pagamento di fatture emesse e non pagate.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, degli artt.3, 24 e 97 Cost., degli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990, della normativa sull'accesso nel codice degli appalti, eccesso di potere per sviamento, illogicità e irragionevolezza, ingiustizia manifesta e concludeva quindi per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.

L'amministrazione si costituiva in giudizio, sostenendo l'infondatezza del ricorso per una serie differenziata di ragioni giuridiche.

Con sentenza n. 3620 del 5 luglio 2017 il Tribunale, rilevata dapprima la tardività di memoria depositata dall'amministrazione, riteneva il ricorso infondato nel merito, in quanto caratterizzato da natura esplorativa e risultando finalizzato ad esperire un controllo generalizzato sull'attività dell'amministrazione intimata.

Infatti l'istanza di accesso era affetta da genericità ed indeterminatezza, poiché non individuava con precisione gli atti oggetto di accesso, ma si riferiva a tutta la documentazione contabile, provvedimento ed eventualmente anche di natura istruttoria, relativa all'esecuzione del rapporto contrattuale di appalto tra l'amministrazione intimata e la controinteressata, in aperta violazione del contenuto dell'art. 24, comma 3 della legge n. 241 del 1990, il quale dispone che "non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni", da intendersi come una negazione di assimilazione tra diritto di accesso ai documenti amministrativi ed una sorta di azione popolare diretta a consentire una forma di controllo generalizzato sull'amministrazione.

L'interesse che legittima ciascun soggetto all'istanza, e che va accertato caso per caso, deve essere personale e concreto e ricollegabile al soggetto stesso da uno specifico nesso e, dall'altro, la documentazione richiesta deve essere direttamente riferibile a tale interesse, oltre che individuata o ben individuabile. Qualora invece l'interesse ad esercitare il diritto d'accesso sia volto ad acquisire una serie di informazioni su un particolare settore allo scopo di valutarne l'efficienza e di assumere iniziative a tutela, il diritto di accesso diviene in uno strumento di ispezione sull'efficienza dell'attività amministrativa: per tali ragioni, per costante giurisprudenza, il giudice di primo grado affermava che l'istanza di accesso deve riferirsi a specifici documenti già esistenti ed identificati e non può pertanto comportare la necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta.

Né poteva avere fondamento la richiesta relativa all'ostensione di un provvedimento di sospensione dei pagamenti ai sensi dell'art. 118 del [d.l.gs. n. 163 del 2006](#) che l'amministrazione avrebbe ipoteticamente dovuto adottare, poiché le istanze di accesso possono riguardare atti formati e detenuti dall'amministrazione intimata, ma non riguardare documenti inesistenti o comunque mai adottati.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 6 novembre 2017 la New Tek impugnava la sentenza in questione e ne sosteneva l'erroneità, affermando in primo luogo la confusione circa l'amministrazione intimata, riferendosi più volte la pronuncia all'Azienda sanitaria locale ed un non meglio precisato potere di sospensione, in secondo luogo, nel merito, perché l'istanza non aveva alcun carattere generico o esplorativo o, ancora, ispettivo: la domanda

di accesso riguardava specificatamente l'ostensione dei provvedimenti di sospensione dei pagamenti e all'accantonamento delle relative somme ai sensi dell'art. 118 comma 3 del d. lgs. 163 del 2006 ed in aggiunta a tutto la documentazione contabile attinente i rapporti intercorrenti con la Castaldo s.p.a. riguardo ad un contratto d'appalto del tutto individuato, documenti strettamente connessi alla relazione tra l'attuale appellante e la Castaldo, specificamente ai fini di valutare la possibilità di un'azione giudiziaria contro detta Società a fronte di una serie di suoi inadempimenti, dunque un'azione per l'accesso proposta in presenza di tutti i presupposti di legge necessari.

La New Tek concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Il Comune di Torre del Greco si è costituito anche in questa fase di giudizio, sostenendo l'infondatezza dell'appello in vista dell'inammissibilità della domanda di accesso.

Alla camera di consiglio del 5 aprile 2018 la causa è passata in decisione.

Oggetto dell'appello in esame è la pronuncia del tribunale amministrativo della Campania con la quale si è affermato che un soggetto, in astratto legittimato all'accesso ai documenti amministrativi, non può utilizzare tale strumento di tutela al fine di azionare, come nella fattispecie concreta, forme di generale controllo sulla legittimità dell'attività amministrativa. Tale principio ha valore anche al caso in cui i documenti richiesti già esistono, ma per i criteri della richiesta, viene imposta all'amministrazione un'attività complessa di ricerca e reperimento dei documenti che presuppone un'attività preparatoria di elaborazione di dati.

In ogni caso la formulazione dell'istanza di accesso avrebbe comportato un controllo generalizzato e di tipo ispettivo sull'operato dell'Amministrazione e se essa mirava certamente alla tutela della posizione qualificata del richiedente, doveva ritenersi altresì esorbitante e comportante una defatigante attività di ricerca di pratiche in contrasto con lo stesso principio di buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost.

La Sezione ritiene erronee le affermazioni contenute nella sentenza impugnata e considera superabili gli argomenti, di varia natura, frapposti all'accesso.

Il contratto intervenuto tra la ricorrente New Tek s.r.l. e la Castaldo s.p.a. era un subcontratto – figura dalle regole attenuate rispetto al subappalto e regolamentato dall'art. 118 comma 11 del d. lgs. n. 163 del 2006 – in quanto di importo inferiore ai parametri fissati, ma sempre rispondente alle regole determinate dallo stesso art. 118 predetto, vista anche la sua rubrica dagli ampi contenuti, il richiamo ad affidatari e cottimisti.

Il silenzio serbato dal Comune è illegittimo, in primo luogo perché deve essere riconosciuta alla ditta appellante la titolarità di un interesse qualificato all'esibizione immediata della documentazione richiesta: il Collegio non ritiene per le ragioni ora rappresentate che l'insussistenza della qualifica di subappaltatrice nella New Tek possa rappresentare una linea di discriminazione tra le due situazioni – subappaltatrice e semplice affidataria di una singola tipologia di prestazione - ma che invece sia sufficiente e non controversa la sua qualità di regolare esecutrice di una parte del contratto stipulato tra la Castaldo S.p.A. ed il Comune di

Torre del Greco, nonché di creditrice nei confronti della prima delle somme dovute per le prestazioni espletate, avendo stipulato con la Castaldo s.p.a. ben due contratti in relazione all'appalto *de quo*. E che sussistano ragioni per le quali la New Tek deve tutelare le suddette posizioni creditorie, essendo non contestato in questa sede che, nonostante i numerosi solleciti la Castaldo s.p.a. non abbia rispettato le scadenze pattuite e non abbia corrisposto quanto richiesto per le prestazioni eseguite come da fatture emesse e non pagate. Perciò ne consegue che l'appellante è titolare di un interesse qualificato ad accedere ai documenti contabili relativi ai pagamenti del committente – il Comune di Torre del Greco - al fine di poter agire nei confronti della debitrice ed eventualmente anche della stazione appaltante, viste le previsioni dell'art. 118 comma 3 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 che regolano (regolavano) la corresponsione degli importi dovuti a subappaltatori o cottimisti, importi che potevano essere corrisposti anche direttamente dalla stazione appaltante, e comunque dell'obbligo degli appaltatori di trasmissione entro termini perentori al committente delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti ai subappaltatori e simili con il corrispondente obbligo della stazione appaltante di sospendere i pagamenti nel caso di mancata trasmissione e del sorgere del diritto del subappaltatore al pagamento di quanto dovuto direttamente da parte della stazione appaltante, ove non inizialmente previsto.

In secondo luogo la lettura della domanda di accesso, sia pure inviata per conoscenza al Comune ma comunque del tutto comprensibile in tale parte dalla P.A. interessata, non può essere tacciata di genericità o tantomeno di insinuare una forma di controllo "a tappeto" dell'attività amministrativa, poiché la domanda delimita senza ombra di dubbio la documentazione inerente il rapporto sostanzialmente trilaterale tra New Tek, Castaldo s.p.a. e Comune di Torre del Greco – questo ultimo regolarmente informato dell'affidamento ai sensi dell'art. 118 comma 11 del d. lgs. n. 163 del 2006 - in relazione ad un unico appalto ben precisato, rapporto del quale l'amministrazione era appunto nella piena conoscenza anche nei termini della prestazione affidata alla New Tek e dell'importo stipulato.

Ne risulta che appare fondata la conclusione dell'appellante secondo cui il silenzio opposto dall'amministrazione è in contrasto con l'art. 24 della l. 241 del 1990, in quanto viola i canoni di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa e lede la pienezza del principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

Per cui l'appello deve essere accolto con la dichiarazione dell'obbligo per il Comune di permettere all'interessata l'accesso alla documentazione richiesta, mentre le spese di giudizio vengono liquidate in dispositivo per entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo.

Condanna il Comune di Torre del Greco al pagamento delle spese dei due gradi di giudizio liquidate in complessivi €. 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Nota a sentenza

1. La pronuncia in commento ha ad oggetto la legittimità del silenzio diniego opposto dall'amministrazione resistente ad una istanza di accesso agli atti proposta dalla società ricorrente. Alla base della controversia vi è uno schema negoziale trilaterale tra le parti coinvolte. Segnatamente, la resistente stipulava un contratto d'appalto con la controinteressata. Quest'ultima affidava l'esecuzione di una parte dei lavori alla ricorrente, ma non adempiva agli obblighi di pagamento discendenti dal subcontratto. Mediante istanza di accesso la ricorrente chiedeva di prendere visione della documentazione, in particolare di quella contabile, relativa ai rapporti economici intercorrenti tra l'amministrazione e la controinteressata. Chiedeva, inoltre, l'ostensione del provvedimento di sospensione dei pagamenti dovuti all'appaltatrice sul presupposto dell'applicabilità dell'art. 118, c. 3, del d. lgs. n. 163/2006.

Il T.A.R. Campania rigettava la domanda di annullamento del diniego sulla scorta della rilevata idoneità dell'istanza di accesso, se accolta, di dar luogo a forme di generale controllo sulla legittimità dell'attività amministrativa in contrasto con l'art. 24, c. 3, della l. n. 241/1990.

Il Consiglio di Stato si discosta dalle conclusioni del T.A.R.. La decisione si suddivide in due parti: una in cui si verifica la sussistenza di un effettivo interesse ad accedere; la successiva in cui si valuta la specificità dell'istanza d'accesso.

2. Le norme in materia di accesso non rendono l'istituto da esse disciplinato un mezzo di controllo generalizzato sull'operato dell'amministrazione. Non è di conseguenza sufficiente, ai sensi dell'art. 22, c. 1, lett. b), della l. n. 241/1990, che ricorra un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ma è altresì necessario "che (...) tale situazione sia <<collegata al documento al quale è chiesto l'accesso>>"[\[1\]](#).

Con l'istanza *de qua* la ricorrente voleva apprendere se la controinteressata avesse indebitamente percepito dalla stazione appaltante le somme corrispondenti alle prestazioni oggetto del subcontratto "al fine di poter agire nei confronti della debitrice ed eventualmente anche della stazione appaltante". Ciò sulla scorta dell'asserita applicabilità dell'art. 118, c. 3, del d. lgs. n. 163/2006. A detta norma si deve la previsione dell'obbligo per la stazione appaltante di corrispondere al subappaltatore l'importo a questi dovuto per le sue prestazioni; in alternativa, l'appaltatore deve trasmettere alla stazione appaltante copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti effettuati in favore del subappaltatore, pena la sospensione dei pagamenti a lui dovuti dall'amministrazione. Sono previsti, tuttavia, dei parametri in mancanza dei quali non si ha subappalto (art. 118, c. 11). Nonostante l'assenza di detti parametri nel caso di specie, il Consiglio di Stato ritiene il subcontratto assoggettabile alla norma esaminata, "vista anche la sua rubrica dagli ampi contenuti, il richiamo ad affidatari e

cottimisti”.

Trova applicazione una interpretazione analogica. In chiave critica può richiamarsi giurisprudenza che nega l'applicabilità dell'art. 118 al di là del perimetro fissato^[2]. Si consideri, inoltre, che il comma 3 dà luogo al sorgere di una responsabilità in solido del terzo. È, dunque, norma eccezionale, non suscettibile ex art. 14 delle Preleggi di interpretazione “oltre i casi e i tempi” da essa contemplati.

C'è, tuttavia, una possibile spiegazione che rende legittimo l'approccio ermeneutico del Collegio. Risulta, infatti, che la ditta subappaltatrice abbia stipulato con la appaltatrice “ben due contratti in relazione all'appalto *de quo*”. Non sfugge come la stipula di più subcontratti al di sotto dei parametri del comma 11 possa dar luogo ad agevoli elusioni dell'art. 118, comma 3. Può, quindi, ritenersi condivisibile la posizione del giudice nel caso in commento, in quanto evidentemente preordinata alla tutela del subappaltatore (contraente più debole) rispetto ad atti di carattere elusivo perpetrati in suo danno dalla controparte negoziale.

3. Quanto al profilo della sufficiente specificità dell'istanza di accesso, il richiedente deve indicare documenti già esistenti e non deve onerare l'amministrazione di attività di elaborazione di dati^[3] o di “un'attività complessa di ricerca e reperimento dei documenti (...)”^[4].

Il Collegio conclude che la “domanda delimita senza ombra di dubbio la documentazione inerente il rapporto sostanzialmente trilaterale” tra le parti coinvolte.

È vero che con l'istanza *de qua* la ricorrente non ha fatto riferimento a specifici documenti, ma ad una intera pratica. Una richiesta di tal genere, tuttavia, non è in sé inibita, purché accompagnata da dati specifici e non da criteri generali per la individuazione delle pratiche di interesse^[5]. In questo caso il criterio è rappresentato dal riferimento “ad un unico appalto ben preciso”. Nessuna attività complessa di ricerca sembra ragionevolmente essere posta in capo all'amministrazione, la quale risultava, peraltro, informata del subcontratto.

Deve, inoltre, considerarsi come l'accesso qui richiesto sia chiaramente defensionale per le ragioni illustrate *supra*. Pertanto deve “comunque” essere garantito alla luce dell'art. 24, c. 7, l. n. 241/1990. Restrizioni sono legittime solo in casi limite, qui non rilevabili, di istanze dal contenuto del tutto indeterminato o relative a rapporti estranei alla sfera giuridica del ricorrente^[6]. Nulla, pertanto, osta all'accoglimento dell'appello.

4. L'appello viene accolto sulla base del contrasto tra il provvedimento di diniego in causa e l'art. 24 della l. n. 241/1990 per violazione dei canoni di imparzialità e trasparenza dell'attività amministrativa.

Il Consiglio di Stato, accertato l'interesse all'accesso del ricorrente nei termini *supra* illustrati, si

uniforma agli orientamenti interpretativi dominanti in giurisprudenza per valutare la non genericità dell'istanza proposta.

[1] Cfr. Cons. St., Ad. Pl., 24 aprile 2012, n. 7.

[2] Cfr. T.A.R. Lazio (Roma), sez. III, 26 giugno 2016, n. 6683; Trib. Trieste, 11 maggio 2017, n. 323.

[3] Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 6201.

[4] Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 117.

[5] Cfr. *ibid.* laddove si giudica infondato il ricorso per l'accesso per la generalità e non specificità dei documenti richiesti.

[6] Cfr. Cons. St., sez. V, 21 agosto 2017, n. 4043