

L'accesso civico generalizzato negli appalti, in relazione al dialogo tra amministrazione e cittadino

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 2-5-2022

L'Adunanza plenaria n. 10 del 2020 ha infatti chiarito al riguardo che l'istituto "debba trovare applicazione [...] anche alla materia dei contratti pubblici" e, in specie, "all'esecuzione dei contratti pubblici", in tal caso valendo come "diritto di 'chiunque', non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza", che "viene riconosciuto e tutelato «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» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013)" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, spec. par. 22.1 e massime enunciate; per l'applicazione del principio, cfr. Cons. Stato, III, 25 gennaio 2021, n. 697).

Trattasi dunque di un diritto il cui esercizio non abbisogna di specifica motivazione, e che presenta carattere autonomo, essendo slegato dalla titolarità di altre situazioni giuridiche da tutelare.

Il suddetto accesso "è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici", incontrando quale unica eccezione - oltre ai limiti cd. "assoluti" all'accesso di cui all'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 e suoi richiami (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, cit., spec. par. 24 ss.) - quella dei limiti cd. "relativi" correlati agli interessi-limite, pubblici e privati, previsti dall'art. 5-bis, comma 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013, nella prospettiva del bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

In un contesto di crisi economica che sta investendo tutto il mondo a causa, *in primis*, della pandemia e del conflitto russo/ucraino, l'obiettivo primario delle Istituzioni è volto a far sì che siano al più presto realizzate importanti riforme.

In particolare la ripresa del settore delle imprese può essere garantita solo con un forte abbattimento dei numerosi contenziosi pendenti tra il settore pubblico e quello privato. La riduzione delle fasi giurisdizionali viene realizzata con l'ampliamento del ricorso al dialogo ed al confronto tra tutti i soggetti interessati.

La legge sul procedimento amministrativo e quella sui contratti pubblici hanno agito in questa direzione.

Un mezzo che è stato fornito agli operatori economici per far sì che il suddetto dialogo possa essere implementato è senza dubbio quello del diritto di accesso all'attività dell'istituzione

pubblica.

Come è noto l'ordinamento prevede tre tipologie del suddetto istituto:

- L'*accesso documentale*, che può essere esercitato solo da quei soggetti che siano titolari di un interesse qualificato e connesso al documento oggetto di istanza.
- L'*accesso civico semplice*, che consente a qualsiasi cittadino di visionare tutti gli atti amministrativi non pubblicati, e soggetti ad obbligo di pubblicazione, per omissione da parte della stessa amministrazione.
- L'*accesso civico generalizzato*, rivolto a tutti i documenti di particolare valore, ma privi di obbligo di pubblicazione da parte dell'ente pubblico.

La sentenza del consiglio di Stato, sez.V, 11.04.2022, n.2670

La pronuncia in argomento si concentra sul predetto *accesso civico generalizzato*, fornendo importanti principi, proprio in considerazione del richiamato dialogo che deve intercorrere tra ente pubblico e *cives*. Nello specifico l'intervento ha affermato che la richiamata tipologia di accesso debba essere applicata agli atti delle procedure di gara ed alla successiva fase esecutiva dei contratti pubblici.

La sentenza, pertanto, rimarca l'importanza di quel confronto che deve essere sempre presente tra gli operatori.

La possibilità per "chiunque" di accedere, senza alcun onere di motivazione, agli atti, anche esecutivi, delle gare pubbliche, così come rimarcato dall'Adunanza plenaria n.10 del 2020, evidenzia due fasi essenziali: il controllo sul corretto operato delle istituzioni pubbliche; la centralità del dibattito pubblico.

Pertanto i giudici evidenziano come un'apertura delle amministrazioni agli interessi dei privati possa determinare costantemente il corretto operato dell'istituzione pubblica. D'altra parte, un diritto esente da motivazione e dotato di completa autonomia favorisce l'azione dell'interessato, limitata solo dal rispetto dei limiti assoluti e relativi all'esercizio dello stesso accesso (articolo 5-bis "*Esclusioni e limiti all'accesso civico*" del decreto legislativo 14/03/2013, n. 33).

Di conseguenza, proprio nell'ottica di un ampliamento del dialogo tra gli interessati, deve essere intesa la sentenza *de qua* che, in considerazione di tale aspetto, non censura le richieste avanzate dalla parte nel voler accedere alle concrete "intenzioni" ed ai "propositi" della medesima amministrazione pubblica.

L'accesso nella fase esecutiva degli appalti e gli strumenti di ADR: un unico obiettivo

Quanto sopra rappresentato induce a ritenere che l'estensione dell'ambito di operatività dello strumento prettamente partecipativo in esame anche alla fase esecutiva degli appalti possa facilmente produrre un positivo effetto: determinare una forte accelerazione del dialogo tra amministrazione ed operatore economico, al fine del raggiungimento di un risultato che possa soddisfare entrambi.

L'importanza della decisione della Sezione si inquadra anche nell'ambito di un potenziamento delle procedure denominate *Alternative dispute resolution* (ADR) che, come è noto, costituiscono uno dei principali obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

Istituti come la *mediazione*, la *negoziazione assistita* e l'*arbitrato*, evitano il ricorso all'instaurazione del contenzioso civile, che potrebbe verificarsi proprio nella fase dell'esecuzione dei contratti pubblici.

Tale funzione di deflazione delle contese svolta dai predetti istituti deve essere raccordata con l'operatività di un ulteriore e fondamentale strumento di conciliazione: il *collegio consultivo tecnico*.

Quest'ultimo, come è noto, è un organo tecnico per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'*art. 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*. Con riferimento a tale istituto si rammenta la recente emanazione del decreto del Ministero delle infrastrutture 17 gennaio 2022 . (Decreto n. 12/2022). (GU Serie Generale n. 55 del 07.03.2022) contenente le "*Linee Guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico*" e del decreto, sempre del Ministero delle infrastrutture, del 1° febbraio 2022 (Decreto n. 23/2022). (GU Serie Generale n. 55 del 07.03.2022) relativo all'istituzione dell'"*Osservatorio permanente relativo al monitoraggio dell'attività degli stessi collegi consultivi tecnici*".

In conclusione tutti i predetti istituti, civilistici e di natura amministrativa, devono essere collocati nell'ambito di una tipica giustizia preventiva basata, come ricordato, al raggiungimento di un accordo tra gli interessati e finalizzata in un'ottica di generale risparmio per il settore pubblico e per quello privato.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 11/04/2022

N. 02670/2022REG.PROV.COLL.

N. 03944/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3944 del 2021, proposto da Unione dei Comuni Alta Gallura, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Corda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Sassari, viale Umberto, 106/G;

contro

Poing s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Bazzoni, Vittore Davini e Adriana Brundu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Santa Teresa Gallura, Alessandro Porru, non costituiti in giudizio;

nei confronti

P.P.T. s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 00263/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Poing s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 il Cons. Alberto Urso e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Poing s.r.l. partecipava, classificandosi seconda in graduatoria, alla procedura di gara indetta dall'Unione dei Comuni Alta Gallura per l'affidamento dell'appalto dei lavori relativi all'intervento di valorizzazione della tutela dei litorali costieri mediante mobilità sostenibile nel Comune di Santa Teresa Gallura.

Proponeva perciò ricorso avverso l'aggiudicazione e gli altri atti di gara che veniva respinto giusta sentenza n. 325 del 2020 del Tribunale amministrativo per la Sardegna, frattanto come pacifico passata in giudicato.

2. Successivamente alla detta sentenza, il 17 settembre 2020 la stessa Poing proponeva istanza d'accesso cumulativa - ai sensi degli artt. 22 ss. l. n. 241 del 1990, come richiamati dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, e degli artt. 5 ss. d.lgs. n. 33 del 2013 - per ottenere tutta la documentazione relativa all'esecuzione dell'appalto, occorrente all'istante a fini di tutela giudiziale.

3. A seguito della risposta del Comune del 19 ottobre 2020, che la Poing riteneva non soddisfacente, la stessa proponeva ricorso ai sensi dell'art. 116 Cod. proc. amm.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza dell'Unione dei Comuni Alta Gallura, accoglieva il ricorso annullando l'atto impugnato, e ordinando alle amministrazioni intimete (*i.e.*, Unione dei Comuni Alta Gallura e Comune di Santa Teresa Gallura) l'esibizione della documentazione richiesta con la suddetta istanza entro il termine di trenta giorni.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello l'Unione dei Comuni Alta Gallura formulando le doglianze di seguito indicate (*cfr. infra, sub § 2 ss. in diritto*).

6. Resiste all'appello la Poing s.r.l., chiedendone la reiezione.

7. Alla camera di consiglio del 10 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dall'appellata, stante il rigetto nel merito dell'appello.

2. Con unico motivo di gravame variamente articolato l'appellante si duole dell'accoglimento del ricorso di primo grado deducendo che l'accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico spiegato del concorrente non aggiudicatario è sì ammesso, ma nei limiti e condizioni indicati dalla sentenza n. 10 del 2020 dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato.

In particolare, occorre che l'istante indichi quale sia l'interesse attuale, concreto e diretto a conoscere gli atti richiesti; non può ammettersi l'accesso senza che il richiedente abbia (quantomeno) adombrato l'esistenza di un inadempimento e prospettato una seria possibilità di risoluzione del rapporto; occorre tener conto inoltre delle limitazioni previste dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016.

Per converso, l'accesso spiegato dalla Poing ha ad oggetto le più minute fasi dello svolgimento del rapporto, con richiesta d'informazioni anche sulle intenzioni e propositi dell'amministrazione, e non soddisfa i requisiti stabiliti dalla suddetta sentenza dell'Adunanza plenaria, non prospettando neppure un adeguato interesse strumentale ai fini dell'accesso o un inadempimento dell'aggiudicataria esecutrice.

2.1. Il motivo non è condivisibile.

2.1.1. Occorre premettere che il giudice di primo grado ha accolto la domanda d'accesso ravvisando un interesse della ricorrente (quale seconda classificata nella suddetta gara d'appalto) in funzione del potenziale scorrimento della graduatoria a fronte di un possibile inadempimento dell'aggiudicataria, e altresì - considerata la natura pluritolata dell'istanza d'accesso presentata - in relazione alle previsioni degli artt. 5 ss. d.lgs. 33 del 2013 relativi all'accesso civico, considerato il "*canone ermeneutico di completamento/inclusione*" ispirato alla logica della "*integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze*" (cfr. la sentenza, che richiama al riguardo i principi di cui al precedente n. 2496 del 2020 di questo Consiglio di Stato).

A fronte delle doglianze formulate dall'appellante, è sufficiente ravvisare la fondatezza della domanda d'accesso della Poing sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato ex art. 5 ss. d.lgs. n. 33 del 2013, univocamente fatto valere dall'interessata.

L'Adunanza plenaria n. 10 del 2020 ha infatti chiarito al riguardo che l'istituto "*debba trovare applicazione [...] anche alla materia dei contratti pubblici*" e, in specie, "*all'esecuzione dei contratti pubblici*", in tal caso valendo come "*diritto di 'chiunque', non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza*", che "*viene riconosciuto e tutelato «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» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013)*" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, spec. par. 22.1 e massime enunciate; per l'applicazione del principio, cfr. Cons. Stato, III, 25 gennaio 2021, n. 697).

Trattasi dunque di un diritto il cui esercizio non abbisogna di specifica motivazione, e che presenta carattere autonomo, essendo slegato dalla titolarità di altre situazioni giuridiche da tutelare.

Il suddetto accesso "*è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici*", incontrando quale unica eccezione - oltre ai limiti cd. "assoluti" all'accesso di cui all'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013 e suoi richiami (cfr.

Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, cit., spec. par. 24 ss.) - quella dei limiti cd. "relativi" correlati agli interessi-limite, pubblici e privati, previsti dall'art. 5-bis, comma 1 e 2, d.lgs. n. 33 del 2013, nella prospettiva del bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

Al riguardo l'appellante, oltre a invocare i principi affermati dall'Adunanza plenaria e dolersi del fatto che l'interessata abbia chiesto accesso anche alle fasi minute dell'esecuzione e alle "intenzioni" e "propositi" dell'amministrazione, non deduce né comprova la sussistenza di specifici limiti - rinvenibili in concreto nel caso di specie - al detto accesso civico, né tanto meno censura specificamente e in modo circostanziato la sentenza per non averne tenuto conto.

In tale contesto, del resto, a seguito delle precedenti esibizioni documentali, rimaneva ancora esclusa dall'amministrazione l'ostensione di alcuni circoscritti documenti, rispetto ai quali l'assunto per cui gli stessi atterrebbero a "intenzioni" o "propositi" risulta parimenti generico e non trova evidenza, considerato peraltro - al di là del fatto che, in termini generali, l'accesso civico può avere a oggetto anche informazioni - che l'accesso, come dedotto dalla Poing e non contestato dall'amministrazione (e a prescindere dall'eccezione d'improcedibilità dell'appello conseguentemente sollevata dall'appellata), ha avuto effettiva esecuzione, e del resto lo stesso accesso non può che riguardare (ed essere dunque interpretato come rivolto ad acquisire) elementi (nella misura in cui) esistenti, sicché in tal senso va letta e considerata la menzione di dati o documenti indicati come "eventuali" (i.e., "eventuali ordini di servizio o note di richiamo successivi al 29 settembre 2020"), "presumibili" (i.e., "Specifiche tecnico-amministrative, presumibilmente in fase di definizione tra appaltatore e Direzione dei Lavori o Ente Committente, in relazione ai servizi che la PPT dovrà garantire per 10 anni dalla data di collaudo") o "futuri" (i.e., "quali garanzie saranno richieste all'appaltatore per la fornitura decennale di polizze Kasko e Manutenzioni full service"), peraltro specificamente individuati dall'interessata (cfr. peraltro, nei termini suindicati, anche la sentenza d'ottemperanza frattanto maturata sulla fattispecie).

Né, allo stesso modo, emergono e vengono dimostrati in termini specifici profili di emulatività, eccessività o abusività della richiesta ostensiva avanzata dalla Poing (su cui cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 10 del 2020, cit., spec. par. 36.5 s.).

Di qui l'infondatezza delle doglianze dell'appellante.

3. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello va respinto.

3.1. Le spese sono poste a carico dell'appellante, secondo criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore dell'appellata costituita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese, che liquida nella misura di € 3.000,00, oltre accessori di legge, in favore dell'appellata costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere