

APPALTI E ACCESSO

PRONUNCIA E CHIARIMENTI DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO
SULL'AMMISSIBILITA' DELL'ACCESSO ANCHE NELLA FASE ESECUTIVA DEL CONTRATTO

Con sentenza n. 10 del 2 aprile 2020, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla sussistenza del diritto di accesso agli atti anche nella fase esecutiva del contratto di appalto e sull'applicabilità in materia della disciplina dell'accesso civico generalizzato.

La vicenda ripercorre il caso di un concorrente, utilmente collocato in graduatoria, che ha avanzato istanza di accesso agli atti al fine di verificare se l'esecuzione del contratto si stesse svolgendo nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta migliorativa presentata dall'aggiudicataria. L'istanza di accesso presentata dal concorrente non richiama espressamente né la disciplina dell'accesso documentale né quella dell'accesso civico generalizzato e la Stazione Appaltante aveva rigettato l'istanza, ritenendo che l'istante non fosse titolare di un interesse qualificato e differenziato.

La sez. III del Consiglio di Stato, rilevata l'esistenza di un contrasto interpretativo a livello sezionale, con ordinanza ha rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti tre quesiti:

1. obbligo da parte della P.A (e di conseguenza del giudice adito), in presenza di un'istanza di accesso generica, una volta accertata la carenza alla legittimazione all'accesso documentale ex art. 22, l. n. 241/90, di accoglierla quale accesso civico generalizzato se ne sussistono le condizioni;
2. alla possibilità da parte dell'operatore economico di presentare istanza di accesso anche nella fase esecutiva di un contratto di appalto;
3. alla possibilità di applicare la disciplina dell'accesso civico generalizzato in relazione ai documenti sui contratti pubblici sia nella fase ad evidenza pubblica sia nella fase esecutiva;

Con la sentenza in oggetto l'Adunanza Plenaria ha nell'ordine così statuito:

1. Ha ammesso la coesistenza tra la disciplina dell'accesso documentale e quella dell'accesso civico e a fronte di una istanza che non faccia riferimento in modo specifico e circostanziato all'accesso procedimentale o all'accesso civico generalizzato ha affermato che:

“la pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo “anelito ostensivo”, evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame, ed ancora che “la PA, anche al fine di evitare inutili duplicazioni procedurali, ha il potere/dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso”.

Ciò vale in tutti i casi, *“a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento”.*

APPALTI E ACCESSO

PRONUNCIA E CHIARIMENTI DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO
SULL'AMMISSIBILITA' DELL'ACCESSO ANCHE NELLA FASE ESECUTIVA DEL CONTRATTO

2. L'Adunanza Plenaria ha proseguito precisando che *“gli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.”*

L'Adunanza ha continuato la sua disamina, osservando che l'accesso documentale deve soddisfare un bisogno di conoscenza (c.d. need to know) strumentale alla difesa di una situazione giuridica già esistente o chiaramente delineata.

E sul punto si è pronunciata, affermando il seguente principio di diritto

“un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/90, e una conseguente legittimazione ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e, quindi, allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale”.

3. Da ultimo la Plenaria si è pronunciata in merito alla disciplina dell'accesso civico generalizzato ovvero sull'applicabilità anche alla materia dei contratti pubblici e, in particolare, dell'esecuzione dei contratti pubblici, salvo le eccezioni previste dall'art. 5-bis, comma 1, 2 e 3 e dall'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

Secondo la Plenaria mentre nell'accesso documentale trova protezione un interesse individuale, attraverso il soddisfacimento del bisogno di conoscere, il c.d. need to know, strumentale alla tutela di una situazione giuridica pregressa, l'accesso civico generalizzato è volto a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. right to know, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

Con particolare riferimento all'esecuzione degli appalti pubblici, dopo avere chiarito che *“l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi”*, il Consiglio di Stato chiarisce che anche nella fase esecutiva si deve garantire l'accesso generalizzato dei cittadini. Anzi secondo i giudici, ciascun cittadino può esercitare nella materia dei contratti pubblici accanto e in ausilio al ruolo istituzionale di vigilanza rivestito dall'ANAC.

Sul punto quindi la Plenaria ha enunciato il seguente principio:

“La disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, agli atti della fase dell'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013, in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto 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, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza”.