

APPALTI - ACCESSO AGLI ATTI - FASE ESECUTIVA - ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO - ART. 5-BIS, C. 3, D.LGS. N. 33 DEL 2013 - COMPATIBILITÀ

L'*accesso civico generalizzato*, fermi i divieti temporanei o assoluti previsti dall'art. 53 d.lgs. n. 50/2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione prevista dall'art. 5-bis, c. 3, d.lgs. n. 33/2013, in combinato disposto con l'art. 53 e con le disposizioni della l. n. 241/1990, che non esenta *in toto* la materia dall'accesso civico generalizzato; ferma comunque restando la necessità di verificare la compatibilità dell'accesso con le eccezioni dell'art. 5-bis, c. 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, ivi contemplati, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 101/2021

Pubblicato il 04/01/2021

N. 00101/2021REG.PROV.COLL.

N. 05612/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5612 del 2019, proposto da Zini Elio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Sicurezza e Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da registri di Giustizia; Comune di Monza, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Milano, sez. IV, n. 1303/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sicurezza e Ambiente S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Stefanelli e Napolitano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- In esecuzione della determina dirigenziale n. 516 del 01.03.2018, il Comune di Monza indiceva una procedura evidenziale aperta per l'affidamento in concessione del “*servizio di ripristino post incidente mediante pulizia della piattaforma stradale e di reintegro delle matrici ambientali eventualmente compromesse*”, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per una durata di cinque anni: procedura che, all'esito della acquisizione e valutazione delle offerte e della elaborazione della graduatoria, si concludeva con la proposta di aggiudicazione in favore della società Zini Elio s.r.l..

Con istanza prot. n. 14178 in data 19 giugno 2018, Sicurezza & Ambiente s.p.a., collocatasi al secondo posto in graduatoria, chiedeva al Comune l'ostensione di tutti gli atti di gara prodotti dall'aggiudicataria: istanza che, previa rituale

comunicazione alla controinteressata ai sensi dell'art. 53 D.lgs. 50/2016, veniva positivamente riscontrata dalla stazione appaltante, con il rilascio di tutta la documentazione di gara richiesta.

Con determina dirigenziale n. 1737 del 23.07.2018, il Comune di Monza procedeva, quindi, all'aggiudicazione definitiva e, di seguito, alla stipula del contratto in data 13.09.2018: aggiudicazione e stipula di cui veniva data rituale comunicazione a Sicurezza & Ambiente, che non proponeva, nei termini di legge, alcuna impugnazione.

In data 3.12.2018, a procedura ormai definitivamente conclusa, la seconda classificata formalizzava una nuova istanza di accesso, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 22 e ss. della l.n. 241/1990, con la quale richiedeva *“copia della Mappatura dei centri logistici a servizio del territorio comunale e dei veicoli polifunzionali operanti sulla rete viaria comunale che il concessionario [era] tenuto a fornire ai sensi dell'art. 9 punto 7 del Capitolato di Gara”*

Dando seguito alla opposizione dell'odierna appellante (intesa ad evidenziare la mancanza di un interesse diretto, concreto ed attuale in capo alla richiedente, oltre alla preclusiva presenza di informazioni sensibili ed inerenti la propria organizzazione aziendale e strategia lavorativa) l'Amministrazione, con nota prot. n. 14104 del 24.01.2019, negava l'accesso agli atti.

Il diniego veniva ritualmente impugnato, con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia, da Sicurezza & Ambiente, che rivendicava la propria pretesa all'ostensione documentale, questa volta non solo ai sensi della l. n. 241/1990, ma anche *ex art. 5 del d. lgs. n. 33/2013, relativo al c.d. “accesso civico generalizzato”*.

2.- Nel rituale contraddittorio delle parti, con sentenza n. 1303/2019, il TAR adito (pur respingendo il primo motivo di doglianza, sull'assunto che in sede giudiziale la parte aveva inammissibilmente mutato il titolo della pretesa ostensiva, allegando per la prima volta il diritto all'accesso civico generalizzato) accoglieva il ricorso,

condannando l'Amministrazione a disporre l'accesso ai documenti richiesti ai sensi dell'art. 22 e ss. L.n. 241/1990, oltre alla rifusione, in solido tra le parti resistenti, delle spese di lite.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Zini Elio impugna la ridetta decisione, di cui lamenta l'erroneità ed ingiustizia ed auspica l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio Sicurezza & Ambiente che, nel resistere al gravame, propone appello incidentale in relazione alla contestata reiezione del primo motivo del ricorso di primo grado.

Nel rituale contraddittorio delle parti, alla camera di consiglio del 22 ottobre 2020 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello principale è infondato e va respinto. L'appello incidentale è improcedibile.

2.- La controversia verte sulla possibilità, sulle modalità e sui limiti dell'accesso documentale agli atti di gara, relativamente alla fase esecutiva successiva alla stipula del contratto, richiesto dall'operatore economico concorrente che non abbia inteso impugnarne gli esiti attraverso l'impugnazione dell'aggiudicazione, rivendicando il mero interesse strumentale alla verifica di potenziali condizioni di risoluzione del vincolo negoziale, idonee a legittimare l'eventuale rinnovo della procedura.

2.1.- Sulla questione, si è pronunciata l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza 2 aprile 2020, n. 10, la quale, componendo il contrasto di orientamenti maturati sul punto, ha chiarito che:

a) l'Amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimenti ad una specifica disciplina, anche alla stregua della normativa dell'*accesso civico generalizzato*, a meno che l'interessato non abbia inteso fare

esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso l'istanza va esaminata solo con specifico riferimento ai profili della l. 7 agosto 1990, n. 241, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 Cod. proc. amm., possa mutare il titolo dell'accesso definito dall'originaria istanza;

b) è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 l. 7 agosto 1990, n. 241, con conseguente legittimazione all'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 l'istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;

c) la disciplina dell'*accesso civico generalizzato*, fermi i divieti temporanei o assoluti previsti dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione prevista dall'art. 5-bis, comma 3, d.lgs. n. 33 del 2013, in combinato disposto con l'art. 53 e con le disposizioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta *in toto* la materia dall'accesso civico generalizzato; ferma comunque restando la necessità di verificare la compatibilità dell'accesso con le eccezioni dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, ivi contemplati, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

2.2.- Sulla scorta delle riassunte coordinate, la domanda ostensiva *de executivis* deve ritenersi, in via di principio, ammissibile (anche indipendentemente dalla valorizzazione del diritto all'accesso civico generalizzato e, dunque, nei più circostanziati e specifici termini dell'accesso c.d. documentale *ex artt.* 22 ss. l. n. 241/1990, come integrati dalla disciplina speciale di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50/2016), alla condizione che non fondi sulla mera allegazione (in termini *eventuali*, puramente *ipotetici* o *dubitativi*, che renderebbero, come tali,

inammissibilmente *astratto* e meramente *potenziale* l'interesse acquisitivo e, correlativamente, *esplorativa*, quando non addirittura *emulativa*, l'istanza) della semplice eventualità di una futura riedizione della gara, ma si accompagni alla *specificà, concreta e circostanziata* valorizzazione di *elementi fattuali o giuridici* inerenti le modalità di regolare attuazione del rapporto negoziale e idonei a prefigurare, sia pure in termini di *possibilità* e non necessariamente di certezza o anche solo di probabilità, le condizioni di una vicenda risolutiva, per sé idonea a riattivare le *chances* di subentro o anche solo di rinnovazione della procedura evidenziale.

2.3.- Nel caso di specie, la società appellata aveva chiesto di ottenere copia “*della mappatura dei Centri Logistici a servizio del territorio comunale*” e dei “*veicoli polifunzionali*” operanti sulla rete viaria comunale, che il concessionario era tenuto a fornire, a termini di capitolato: si tratta, con ciò, di una *verifica non generica né generalizzata* della regolare esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, orientata all'obiettivo riscontro di precisi e circostanziati elementi fattuali, la cui carenza darebbe vita ad un inadempimento contrattuale. Per tal via, correttamente il primo giudice ha ritenuto meritevole l'istanza di esibizione, anche nei termini dell'accesso documentale.

2.4.- Le considerazioni che precedono confermano l'infondatezza dell'appello principale, con il quale la società appellante argomenta la genericità dell'istanza e l'assenza di un interesse personale e concreto.

Ne discende, per carenza di interesse, l'improcedibilità dell'appello incidentale, posto che la pretesa ostensiva deve ritenersi, nei termini in cui risulta formulata, integralmente soddisfatta dalla condanna alla esibizione documentale.

Le spese di lite possono essere compensate, in considerazione della incertezza delle questioni esaminate, che ha richiesto, nei sensi chiariti, l'intervento nomofilattico dell'adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO