

ACCESSO: Accesso documentale, civico ed ex art. 53 D.Lgs. n. 50 del 2016 - Atti relativi alla fase esecutiva di un contratto di appalto - Irregolare esecuzione del contratto - Verifica - Actio ad exhibendum - Inammissibilità per difetto di legittimazione.

Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2021, n. 3842

“[...] Se esiste [...] l’interesse ad una conoscenza diffusa dei cittadini nell’esecuzione dei contratti pubblici, volta a sollecitare penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l’inefficienza, la corruzione o fenomeni di cattiva amministrazione e l’adempimento delle prestazioni dell’appaltatore deve rispecchiare l’esito di un corretto confronto in sede di gara, a maggior ragione gli operatori economici, che abbiano partecipato alla gara, sono interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell’offerta nel giudizio promosso contro l’aggiudicazione [...], ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l’aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela.

Ma tale interesse alla trasparenza, di tipo conoscitivo, che non esige una motivazione specifica, deve palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un benchè minimo elemento di concretezza, anche sotto forma di indizio, come accade nel caso in esame in cui viene solo ipoteticamente prospettata l’esistenza di una difformità tra il contratto e l’esecuzione del servizio, pena rappresentare un inutile intralcio all’esercizio delle funzioni amministrative e un appesantimento immotivato delle procedure di espletamento dei servizi [...]”.

FATTO

1.- Con determina a contrarre n. 143 del 12.10.2016, la centrale di committenza regionale So.Re.Sa. S.p.A. indiceva una procedura aperta, in più lotti, per la fornitura del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale a beneficio delle aziende sanitarie della Regione Campania. 1.1.

2.- L’ATI di cui facevano parte la Società Sagifi S.p.A. (mandataria), la società E.P. S.p.A. e Innova S.p.A. (mandanti), partecipava alla gara per il “lotto 2”, collocandosi in graduatoria al secondo posto.

Con determinazione dirigenziale n. 55 del 22.3.2019, il lotto veniva aggiudicato a “La Serenissima Ristorazione S.p.A.”, prima graduata.

Con atto di adesione n. 732 del 23.7.2019, l’A.O.R.N. “A. Cardarelli” aderiva alla convenzione rep n. 23/19 medio tempore stipulata tra la So.Re.Sa. el’ aggiudicataria del servizio che, dall’1.10.2019, iniziava ad essere espletato.

3.- In data 14.8.2020 l'ATI seconda graduata presentava all'A.O.R.N. "A. Cardarelli", istanza di accesso – ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241/1990 nonché ex art. 5-bis, comma 3, del d.lgs. n. 33/2013 (accesso civico generalizzato) – agli atti afferenti alla fase esecutiva del rapporto.

In particolare, chiedeva l'accesso a:

Verbali di verifica e di controllo di corretta esecuzione del servizio espletati dalla Amministrazione; 2) Pareri degli avvocati o dei consulenti nominati con delibera n. 176 del 19.02.2020 dall'AORN Cardarelli; 3) Verbali di verifica sul rispetto da parte dell'aggiudicataria delle normative di antidiffusione COVID-19; 4) Verbali di collaudo e stato di consistenza e d'uso di tutte le nuove attrezzature offerta dalla società Serenissima Ristorazione nella sua offerta tecnica e riportate nelle schede tecniche ad essa allegate; 5) Copie dei mandati di pagamento con le eventuali sanzioni irrogate per le inadempienze alla Società Serenissima Ristorazione; 6) Verbali dai quali si possa evincere le determinazioni amministrative in relazione alla fornitura del servizio con stoviglie e posate in plastica effettuato dalla Serenissima almeno fino al febbraio 2020 come si evince dalla nota prot. 0023757/10 del 10.2.2020; 7) Copie delle schede di prenotazione al letto dell'ammalato effettuate con il sistema di prenotazione computerizzato offerta da Serenissima Ristorazione.

3.1.- L'istanza di accesso veniva espressamente motivata facendo riferimento alla "necessità di tutelare gli interessi dell'azienda rappresentata presso le sedi competenti", in relazione a "vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara", citando altresì la "disciplina dell'accesso civico generalizzato".

4.- Con nota prot. n. 4947 del 14.9.2020, l'Azienda ospedaliera negava l'accesso affermando che: *"non si rinviene la legittimazione al rilascio della documentazione ai sensi della richiamata normativa di cui all'art 53 del D. Lgs 50/2016, non risultando agli atti di questa Direzione alcuna segnalazione di inadempimenti di tale gravità da integrare ipotesi, prevista dall'art 70 del capitolato di gara, di risoluzione unilaterale del contratto stipulato con la società aggiudicatrice dell'appalto, di cui alla determinazione del Direttore Generale n. 55 del 22.03.2019, anche alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria n.10/2020 pubblicata il 02.04.2020"*, riservandosi in esito ad approfondimento affidato al RUP, *"di comunicare nei successivi 10 gg. eventuale decisione difforme"*.

5. – Stante la mancanza di una diversa determinazione, Sagifi S.p.A. in qualità di capogruppo dell'ATI impugnava innanzi al TAR campano la nota reiettiva del 14 settembre 2020, rimarcando il proprio interesse ad accedere alla documentazione richiesta, al fine di verificare il corretto

svolgimento del rapporto contrattuale, in vista di un eventuale “scorrimento della graduatoria definitiva della procedura di gara in parola”.

In ogni caso, la pretesa ostensiva avrebbe dovuto essere riconosciuta anche ai sensi della disciplina sull’accesso civico, pure invocata nella domanda di accesso, in conformità dei principi sanciti dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 10/20).

6.- Nel giudizio di primo grado si costituivano l’intimata azienda ospedaliera e l’impresa affidataria del servizio che eccepivano l’inammissibilità del ricorso sotto plurimi profili, la sua irricevibilità per tardività e, comunque, l’infondatezza.

7.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR ha accolto il ricorso e condannato le resistenti alle spese di giudizio; quindi, ha ordinato alla Azienda Ospedaliera “A. Cardarelli” di esibire e consentire l’ostensione di tutta la documentazione richiesta con il ricorso introduttivo di primo grado asseritamente afferente alla fase esecutiva dell’adesione n. 732 del 26.072019 dell’AORN “A. Cardarelli” alla Convenzione n. 23/19 stipulata tra So.Re.Sa. S.p.A. e Serenissima Ristorazione S.p.A..

8.- Con l’appello in esame, la Serenissima Ristorazione S.p.a. denuncia l’erroneità ed ingiustizia della sentenza di cui chiede la riforma.

9.- Si è costituita in giudizio Sagifi S.p.a. che insiste per il rigetto dell’appello, rappresentando che in data 18.1.2021 ha notificato all’Azienda la sentenza del TAR al fine di ottenere l’ostensione della documentazione richiesta.

10.- Alla camera di consiglio del 15 aprile 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – L’appello merita accoglimento.

1.1. – La sentenza impugnata, dopo aver ritenuto tempestivo il ricorso, lo ha ritenuto ammissibile riconoscendo la domanda riferita ad atti specificamente individuati e non formulata a scopo esplorativo o per individuare atti potenzialmente idonei a soddisfare fini investigativi; inoltre, ha ritenuto sussistente un interesse diretto, concreto e attuale per il possibile e potenziale verificarsi di una situazione legittimante la risoluzione del rapporto con l’appaltatore e il conseguenziale scorrimento della graduatoria.

Il TAR ha accolto la pretesa ostensiva ex lege n. 241/90 azionata dalla parte ricorrente, in quanto titolare di un interesse concreto ed attuale alla conoscenza di una serie di documenti afferenti alla qualità del servizio erogato dalla aggiudicataria, e alla adeguatezza e proporzionalità della relativa azione di controllo espletata dalla Amministrazione, in presenza di “conclamati inadempimenti” tali da giustificare il ricorso all’apporto consultivo di professionisti esterni.

1.2. – L'appellante ripropone le eccezioni disattese in primo grado, rilevando che il ricorso introduttivo avrebbe dovuto ritenersi tardivo, essendosi cristallizzato il silenzio rigetto trascorsi 30 giorni dall'istanza di accesso; comunque, inammissibile per il difetto di legittimazione ad agire in capo all'istante (e difatti con la nota impugnata l'Amministrazione ha espressamente confermato come alla data della stessa non si è verificata alcuna inadempienza o fatto idoneo a determinare la risoluzione unilaterale del contratto).

Pertanto, non sussistono a monte le condizioni per l'accesso.

Né si può sostenere che le stesse possano “generarsi” successivamente all'eventuale ostensione dei documenti richiesti.

All'esito dell'esame della documentazione, l'unico strumento utilizzabile dall'interessata sarebbe quello di sollecitare l'Amministrazione a provvedere alla risoluzione del contratto; sennonché, stante anche la discrezionalità di tale ipotetica determinazione ex art. 70 D.lgs. n. 50/2016 il fatto che la stessa Amministrazione abbia già fermamente escluso che sia emerso alcun inadempimento “grave”, preclude qualsiasi efficacia, anche potenziale, di tale iniziativa.

L'istanza di accesso sarebbe inammissibile anche per l'assenza dei requisiti per l'accesso documentale ex art. 22 della l. n. 241/1990, in quanto mancherebbero le “allegazioni circostanziate” paventate dal Tar; al contrario, l'appellante asserisce di aver dovuto recuperare i locali dallo stato di degrado e devastazione in cui versavano al momento del subentro nel servizio.

Infine, l'appellante deduce l'inammissibilità di tutta la richiesta documentale perché manifestamente eccessiva, onerosa e sproporzionata, massiva e vessatoria esplorativa e/o emulativa; peraltro, l'accesso è escluso di diritto rispetto ai pareri legali acquisiti da chi è tenuto ad applicare il codice dei contratti pubblici.

La sentenza avrebbe superato i confini del sindacato giurisdizionale, avendo impedito alla P.A di entrare nel merito della ostensibilità o meno dei singoli documenti.

1.3. – Sagifi S.p.A. eccepisce che l'appello avrebbe carattere meramente strumentale, volto ad evitare l'ottemperanza alla sentenza del TAR, più che alla tutela della riservatezza su atti ricompresi nel know-how dell'appellante, e comunque infondati sarebbero i motivi dedotti.

Ribadisce di essere venuta a conoscenza della circostanza per cui l'esecuzione del contratto da parte della Serenissima Ristorazione non rispetta l'offerta tecnica dalla stessa presentata in gara e della esistenza di denunce da parte delle Associazioni di categoria a tutela dell'utente.

Di qui anche l'immediato ricorso all'Autorità giurisdizionale in sede penale, presso cui pende un fascicolo per la verifica e l'accertamento di dette contestazioni.

Sussisterebbe, inoltre, nel merito, l'interesse concreto e attuale, in qualità di concorrente utilmente collocata in gara, alla condanna dell'ATI appellata ai sensi dell'art. 22 della l. 241/1990, in presenza della comprovata sussistenza di indizi circa una gestione non efficiente del contratto che può condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e, quindi, allo scorrimento della graduatoria.

La sentenza del TAR andrebbe confermata anche nella parte in cui ha ritenuto non fondati i rilievi d'inammissibilità del ricorso per genericità e indeterminatezza della domanda di accesso.

2. – Il Collegio, ritiene, per un verso, che vada respinto il motivo col quale si censura la sentenza per non aver dichiarato l'irricevibilità del ricorso introduttivo.

La mancata tempestiva impugnazione del diniego tacito formatosi sull'istanza di accesso non determina l'inammissibilità del ricorso proposto avverso il diniego espresso sopravvenuto che, essendo fondato su una motivazione espressa, in esito all'istruttoria compiuta e alla valutazione effettuata, non può assumere le caratteristiche di un atto meramente confermativo di un precedente silenzio con valore legale tipico di diniego, ma costituisce atto di conferma a carattere rinnovativo, che modifica la realtà giuridica e riapre i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

Il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di accesso, peraltro, non consuma il potere della p.a., che può, quindi, sempre provvedere oltre il termine.

Pertanto, va ritenuta la ricevibilità del ricorso di primo grado, avendo, con la nota del 14 settembre 2020, l'Azienda ospedaliera dato riscontro al sollecito dell'istante esprimendo le ragioni del diniego.

3. – Il Collegio ritiene fondato il motivo di appello secondo cui il ricorso introduttivo avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per la mancanza di legittimazione all'accesso in capo all'ATI richiedente, per la genericità dell'interesse palesato.

3.1. – L'istanza di accesso è stata formulata in modo ampio, fondata sui tre riferimenti normativi dell'istituto, ovvero l'accesso documentale ex art. 22 della l. 241/1990, l'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 del D.lgs 33 del 2013 e infine l'art. 53 del codice degli appalti.

La giurisprudenza di questo Consiglio è consolidata e uniforme nell'ammettere il concorso degli accessi, al di là della specifica questione qui controversa circa la loro coesistenza in rapporto alla specifica materia dei contratti pubblici: "nulla infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso" (v., sul punto, A.P. 10/2020, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

Di conseguenza, l'interprete deve applicare e valutare regole e limiti differenti (Cons. St. sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

Pertanto, anche nel caso in esame, occorre verificare la legittimazione sotto i diversi profili e presupposti delle tipologie di accesso.

3.2. – A giustificazione della richiesta l'istante riferiva che “risulterebbero essersi verificate alcune mancanze nella gestione del servizio le quali, laddove confermate, porterebbero alla risoluzione del contratto in essere con Serenissima Ristorazione S.p.A. e, di conseguenza, allo scorrimento della graduatoria ovvero alla riedizione della gara”.

Come ha chiarito la stessa Adunanza Plenaria n. 10 del 2.4.2020 (cui fa riferimento l'istante già nella domanda di accesso) non è discutibile che sia ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990 e dell'art. 53 del codice degli appalti 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”.

Nel caso in esame, la dichiarata finalità di verificare se l'esecuzione del contratto si stia svolgendo nel rispetto delle regole di gara e dell'offerta presentata dall'aggiudicataria appare disvelare appunto una “generica volontà” di indurre l'Amministrazione a verificare il corretto svolgimento del rapporto in essere con l'aggiudicataria, non sorretta da specifici elementi concreti e anzi formulata “al buio”.

Sembra evidente il carattere meramente eventuale dell'interesse correlato all'esercizio dell'accesso, e della motivazione che lo sorregge; mentre, al contrario, alla luce delle norme sull'accesso documentale, l'interesse deve essere attuale, concreto e collegato ad atti determinati e sicuramente rilevanti per la tutela di una situazione giuridica perché possa fondare una situazione legittimante.

Nella specie, invece, l'interesse palesato rasenta la pretestuosità.

L'Amministrazione che ha esaminato l'istanza alla luce dell'art. 53 del D.lgs. n. 50/2016, correttamente ha ritenuto non sussistenti i presupposti per l'accesso in quanto non sussistenti “gravi inadempimenti tali da giustificare la risoluzione unilaterale del contratto.”.

4. – Il diniego, ancorché riferito alla speciale normativa sull'accesso disciplinata dal codice dei contratti pubblici, appare indenne da censura anche tenuto conto della disciplina dell'accesso civico generalizzato.

La stessa Adunanza Plenaria n. 10/2020 ha chiarito che “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 ed, in particolare, all’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, che non esenta in toto la materia dall’accesso civico generalizzato.

Tuttavia, afferma l’A.P. n. 10/2020 che “*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.*”.

Se esiste, in altri termini, l’interesse ad una conoscenza diffusa dei cittadini nell’esecuzione dei contratti pubblici, volta a sollecitare penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l’inefficienza, la corruzione o fenomeni di cattiva amministrazione e l’adempimento delle prestazioni dell’appaltatore deve rispecchiare l’esito di un corretto confronto in sede di gara, a maggior ragione gli operatori economici, che abbiano partecipato alla gara, sono interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell’offerta nel giudizio promosso contro l’aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115), ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l’aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela.

Ma tale interesse alla trasparenza, di tipo conoscitivo, che non esige una motivazione specifica, deve palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un benchè minimo elemento di concretezza, anche sotto forma di indizio, come accade nel caso in esame in cui viene solo ipoteticamente prospettata l’esistenza di una difformità tra il contratto e l’esecuzione del servizio, pena rappresentare un inutile intralcio all’esercizio delle funzioni amministrative e un appesantimento immotivato delle procedure di espletamento dei servizi.

5. – In conclusione, l’appello va accolto.

6. – Le spese di giudizio si compensano tra le parti per la natura delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere