

ACCESSO: Pubblica amministrazione - Accesso ai documenti amministrativi - Accesso civico generalizzato - Applicabilità.

Cons. Stato, Sez. III, 25 gennaio 2022, n. 495

- in *Il Foro amm.*, 1, 2022, pag. 30

“[...] 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'Adunanza Plenaria 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 [...], 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 in ogni caso palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un benché 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 [...].”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl Napoli 1 Centro e di -OMISSIS-. e di -OMISSIS- e di -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2021 il Cons. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina a contrarre n. -OMISSIS-, la centrale di committenza regionale -OMISSIS- indicava una procedura aperta, suddivisa in sei lotti, per la fornitura del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale a beneficio delle aziende sanitarie della Regione Campania.

L'ATI di cui facevano parte la Società -OMISSIS-. (mandataria), la società-OMISSIS-e -OMISSIS- (mandanti), partecipava alla gara per il "lotto 2", collocandosi in graduatoria al secondo posto.

Con determinazione dirigenziale n. -OMISSIS-, il lotto veniva aggiudicato a-OMISSIS-, prima graduata.

Con atto di Adesione n. -OMISSIS-, l'A.S.L. Napoli 1 Centro ha aderito alla Convenzione Rep n. -OMISSIS-stipulata tra la -OMISSIS- e la odierna appellante, iniziando quest'ultima il servizio oggetto della vista convenzione dal 1° dicembre 2019.

In data 12 ottobre 2020 la -OMISSIS-., nella qualità di capogruppo dell'A.T.I., ha inoltrato - 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) – all'A.S.L. Napoli 1, istanza di accesso agli atti afferenti alla fase esecutiva del rapporto.

In particolare, chiedeva l'accesso della seguente documentazione e precisamente: "[...] dei verbali e dei DDT (documenti di trasporto) per la ricezione delle attrezzature e suppellettili come da Offerta Tecnica della -OMISSIS-presso i *PP.OO.* e le *RSQA* della ASL NA 1 Centro; della comunicazione della società Soresa sul corretto adempimento del servizio da parte di -OMISSIS-dall'1 dicembre 2019 a tutto il 29 settembre 2020; di eventuali contestazioni fatte da Comitati e/o Associazione a tutela della salute dei degenti e della Sanità pubblica; dei verbali di verifica e controllo di corretta esecuzione del servizio espletati dall'amministrazione intimata, dei pareri degli avvocati o dei consulenti della amministrazione, come da delibera n.-OMISSIS-della ASL Napoli 1 Centro; dei verbali di verifica sul rispetto da parte dell'aggiudicataria delle normative anti-diffusione Covid 19, dei verbali di consegna delle aeree dell'Ospedale del Mare, dei verbali di consegna delle aeree dei *PPOO* delle ASL Napoli 1 Centro ove dover espletare le operazioni di rinvenimento delle pietanze a mezzo dei carrelli *Burlodge*, dei verbali di collaudo e stato di consistenza e d'uso di tutte

le nuove attrezzature offerte della società -OMISSIS- nella sua offerta tecnica e riportate nelle schede tecniche ad essa allegate, delle copie dei mandati di pagamento con le eventuali sanzioni irrogate per le inadempienze alla società -OMISSIS-, dei verbali dai quali si possa evincere le determinazioni di codeste amministrazioni in relazione alla fornitura del servizio con stoviglie e posate in plastica effettuato dalla -OMISSIS- almeno fino al febbraio 2020 come si evince dalla nota prot. -OMISSIS-; della copia delle schede di prenotazione al letto dell'ammalato effettuate con il sistema di prenotazione computerizzato offerto da -OMISSIS-".

Stante la perdurante inerzia, -OMISSIS-, in qualità di capogruppo dell'ATI, impugnava innanzi al TAR campano il *silenzio - diniego* serbato dall'ASL Napoli 1 Centro sull'istanza di accesso agli atti presentata dalla odierna appellata presentata in data 12 ottobre 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).

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.

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale ha accolto il ricorso, condannando le resistenti amministrazioni alle spese di giudizio; indi, ha ordinato alla Azienda Ospedaliera -OMISSIS- di consentire l'ostensione di tutta la documentazione richiesta con il ricorso introduttivo di primo grado asseritamente afferente alla fase esecutiva della vista adesione n. -OMISSIS-

Con l'appello in esame, la -OMISSIS- denuncia l'erroneità ed ingiustizia della sentenza di cui chiede la riforma.

Si è costituita in giudizio -OMISSIS- che insiste per il rigetto dell'appello.

Alla camera di consiglio del 9 dicembre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

La sentenza gravata, 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 essendo stata la domanda puntualmente formulata in relazione alla tipologia dei documenti; alla loro specifica riferibilità al rapporto

contrattuale in essere tra l'Amministrazione resistente e la aggiudicataria del servizio; alla "fonte di provenienza"; all'arco temporale circoscritto all'azione di controllo.

Il primo giudice ha accolto la pretesa ostensiva *ex lege* n. 241/90 azionata dalla parte ricorrente, in quanto ritenuta titolare di un interesse concreto ed attuale alla conoscenza dei suindicati documenti oggetto della domanda, afferenti anche alla adeguatezza e proporzionalità della relativa azione di controllo espletata dalla Amministrazione, in presenza di allegati inadempimenti.

L'appellante ripropone le censure dedotte in primo grado, sostenendo l'insussistenza a monte delle condizioni per l'accesso.

Né, sempre secondo la prospettazione della difesa di della società -OMISSIS-, si può sostenere che le stesse possano "generarsi" successivamente all'eventuale ostensione dei documenti richiesti.

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'Adunanza Plenaria 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 in ogni caso palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un benché 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.

Analogamente deve essere accolto l'ulteriore motivo di appello nella parte in cui -OMISSIS- denuncia l'erroneità della sentenza per non avere riconosciuto l'istanza di accesso massiva ed eccessivamente sproporzionata.

Tale censura è anch'essa fondata

Emerge, infatti, dalla semplice lettura della domanda di accesso che, l'interessata ha, con tale istanza, richiesto un gran numero di documenti che obbligherebbe la -OMISSIS- a fornire migliaia di pagine, senza, peraltro, che tale richiesta sia giustificata da esigenze tali da imporre di sopportarne l'onerosità.

Una tale richiesta, così sproporzionata e onerosa, è espressamente qualificata come inammissibile dall'Adunanza plenaria n. 10/2020: "36.6. Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche (v., sul punto, Circolare FOIA n. 2/2017, par. 7, lett. d; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702), contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi".

Condizioni che ricorrono innegabilmente nel caso di specie, ma che il Tar non ha, per vero, adeguatamente approfondito.

In conclusione, l'appello va accolto.

Le spese di giudizio si compensano tra le parti per la peculiarità 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 9 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO