

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

L'ACCESSO AGLI ATTI NELLA FASE ESCUTIVA DEL CONTRATTO DI APPALTO¹

1. La fattispecie concreta

Il Consiglio di Stato è tornato recentemente su un tema particolarmente interessante per chi opera nel settore degli appalti e che riguarda, in modo specifico, l'accesso agli atti nella fase di esecuzione del contratto².

Nel caso oggetto della pronuncia, il Tar Basilicata aveva consentito l'accesso alla seconda classificata in una gara d'appalto ordinando all'amministrazione l'ostensione di tutti gli atti e verbali relativi alla verifica dei requisiti effettuata in vista della stipula del contratto di appalto.

L'amministrazione aveva impugnato tale pronuncia dinanzi al Consiglio di Stato rilevando il carattere meramente strumentale della richiesta, finalizzata unicamente a verificare la correttezza dell'esecuzione e dunque la sua natura meramente esplorativa. Contestava altresì l'erronea decisione del giudice di primo grado visto che, una volta conclusa la fase di evidenza pubblica, con l'aggiudicazione divenuta definitiva e la stipula del relativo contratto, il rapporto istaurato fuoriesce dalla dimensione pubblicistica per essere regolato dalle norme civilistiche sottratte, pertanto, all'ostensione.

¹ Ha collaborato al presente documento Alessandra Ciccarelli Università di Camerino

² Si tratta della sentenza del Cons. St., 2 agosto 2021 n. 5688.

2. L'interesse derivante dalla posizione rivestita dall'istante e la formulazione della domanda ostensiva

È necessario preliminarmente capire se alla seconda classificata ad una gara possa essere riconosciuto l'interesse ad accedere alla documentazione relativa alla fase di esecuzione del contratto.

Va ricordato che il secondo classificato in graduatoria, per giurisprudenza consolidata, riveste una posizione "particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara e solo per questo "il diritto di accesso dal medesimo esercitato si configura strumentale ad un'eventuale azione giudiziaria, così da dover essere in ogni caso assentito"³.

Ci si chiede dunque se tale interesse qualificato all'accesso possa essere esteso sino all'intera fase esecutiva di un contratto di appalto.

Già da tempo la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso di ritenere che il diritto di accesso dell'impresa seconda classificata nella fase esecutiva del contratto "consiste nella verifica della corretta esecuzione da parte dell'impresa aggiudicataria del contratto affidato alla società aggiudicataria"⁴ visto che "la fase esecutiva deve essere "lo specchio" delle regole fissate durante la procedura evidenziale: essa, pertanto, deve essere conoscibile, al fine di verificarne l'esatta corrispondenza con quanto programmato nella fase dell'evidenza pubblica, per cui il privato è assolutamente legittimato a proporre istanza di accesso agli atti dell'esecuzione"⁵. Se tale corrispondenza infatti non viene rintracciata, la seconda classificata, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, può subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela⁶.

Ovviamente non tutte le istanze di accesso possono essere accolte dall'amministrazione ma soltanto quelle che contengono la "*specifica, 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". Al contrario andrebbe respinta la domanda fondata sulla mera allegazione della semplice eventualità di una futura riedizione della gara espressa in

³ Tar Lombardia-Milano, 15 gennaio 2013, n. 116.

⁴ Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115

⁵ Cons. St., Ad. Pl., 2 aprile 2020 n. 10.

⁶ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14.12.2020 n. 7963.

termini puramente *ipotetici* o *dubitativi*, che renderebbero, come tali, “inammissibilmente *astratto* e meramente *potenziale* l’interesse acquisitivo e, correlativamente, *esplorativa*, quando non addirittura *emulativa*, l’istanza⁷.

3. L’esecuzione del contratto di appalto appartiene alla fase privatistica?

Nel suo ricorso in appello l’impresa aggiudicataria solleva un’osservazione in merito ad un ulteriore aspetto.

Se infatti è vero che, una volta conclusa la fase di evidenza pubblica con l’aggiudicazione della procedura e la stipula del relativo contratto, il rapporto istaurato fuoriesce dalla dimensione pubblicistica, è altrettanto vero che da quel momento tale rapporto finisce per essere regolato dalle norme civilistiche che, per definizione, sono sottratte all’applicazione dell’istituto dell’accesso agli atti. In altre parole, una volta che il rapporto è giunto alla fase esecutiva del contratto di appalto non v’è più spazio per il diritto di accesso, istituto di natura strettamente pubblicistica.

Non concorda con tale affermazione il Consiglio di Stato nella sentenza in commento laddove si limita a richiamare le motivazioni illustrate dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella nota pronuncia n. 10/2020. In quell’occasione veniva chiaramente confermata la rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici che denotano forme di “autotutela pubblicistica c.d. doverosa” e richiedono l’intervento del giudice amministrativo.

La fase esecutiva rimane dunque ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell’indizione della gara e/o dell’affidamento della commessa, che trova anzi la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di esecuzione dell’opera o del servizio.

Si è poi affermato che lo stesso accesso documentale, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce, come prevede l’art. 22, comma 2, della l. n. 241 del 1990 “principio generale dell’attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di

⁷ Si è espresso in questi termini il Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2021, n. 2050. Nel caso di specie, la richiesta traeva origine dal sospetto (che, ove fondato, avrebbe potuto costituire ragione sufficiente per invocare una possibile ragione risolutoria del rapporto contrattuale in essere) che l’aggiudicatario avesse, in concreto, effettuato, con l’accettazione della stazione appaltante, una prestazione almeno in parte difforme da quella capitolare. Secondo il Consiglio di Stato “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”. Dello stesso tenore Cons. St., 4 gennaio 2021, n. 101.

assicurarne l'imparzialità e la trasparenza» dell'attività amministrativa, quindi, considerata nel suo complesso. (...)».

Su queste premesse, l'Adunanza Plenaria ha quindi chiarito che “il delineato quadro normativo e di principi rende ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, 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'aggiudicazione⁸ 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.

4. Il concorso degli accessi

L'ultima questione affrontata nella sentenza in commento riguarda, nello specifico, la scelta dello strumento utile ad accedere alla documentazione relativa alla fase esecutiva del contratto. Ci si domanda infatti se l'impresa privata seconda classificata debba utilizzare il solo strumento dell'accesso documentale di cui all'art. 22 della legge n. 241/1990 ovvero possa anche usufruire dell'accesso civico generalizzato secondo quanto previsto dall'art. 5bis del d. lgs. 33/2013.

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ammette il concorso degli accessi, al di là della specifica questione qui controversa circa la loro coesistenza in rapporto alla materia dei contratti pubblici: “nulla, infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso”⁹.

Tale posizione era già stata assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza n. 10/2020 – alla luce del principio di trasparenza che mira al buon funzionamento della pubblica amministrazione nonché al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona – ha reso possibile il cumulo degli accessi sostenendo che “il solo riferimento dell'istanza ai presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove la stessa contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne

⁸Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115.

⁹ Sulla stessa linea interpretativa Cons. St., 2 agosto 2019, n. 5503, oltre naturalmente a Cons. St., n. 10/2020.

l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto"¹⁰.

Queste considerazioni si giustificano anche alla luce delle prescrizioni offerte dalla Direttiva 2014/24/UE che, al considerando 122 afferma che *"La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto (...)"*.

In virtù di tali indicazioni, secondo il Consiglio di Stato la via d'elezione per far valere l'interesse alla trasparenza, in particolare nella materia dei contratti pubblici, è proprio l'accesso civico generalizzato che, non solo è consentito in questo ambito, ma addirittura risulta "doveroso perché connaturato, per così dire, all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione"

L'interesse dell'impresa seconda classificata a conoscere gli atti di gara è dunque un interesse ancipite: infatti, esso può valere tanto come interesse a subentrare nel contratto di appalto o a rifare la gara, quanto come interesse a controllare che l'esecuzione dell'appalto stia avvenendo a regola d'arte.

¹⁰ Cons. St. n. 10/2020.