

Appalti pubblici

L'applicazione dell'accesso civico nell'ambito del Codice dei contratti pubblici: un rebus per i RUP

di Iacopo Cavallini e Maria Orsetti - Dipartimento di Economia e Management, Università di Pisa

Si è a lungo discusso se sia applicabile agli atti della gara d'appalto e dell'esecuzione del contratto la disciplina dell'accesso civico generalizzato e gli orientamenti interpretativi fanno fatica a consolidarsi, tra tesi restrittive ed altre gradatamente più estensive. Quest'ultime, tuttavia, presuppongono valutazioni complesse e soggettive da parte del RUP il quale dunque si trova in una posizione complessa, perché è chiamato ad interpretare le intenzioni soggettive di chi propone l'accesso.

La vexata quaestio dell'applicabilità agli atti delle procedure di appalto e dell'esecuzione del contratto della disciplina dell'accesso civico generalizzato

Si è a lungo discusso se sia applicabile agli atti della gara d'appalto e dell'esecuzione del contratto (1) la disciplina dell'accesso civico generalizzato delineato nel comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013. Questo istituto, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016 stabilisce che: *“chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti”*.

Il dubbio interpretativo si pone perché come noto, l'art. 53, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 richiama esclusivamente la disciplina dell'accesso agli atti stabilendo che *“il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici,*

ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della Legge n. 241/1990”.

La tesi restrittiva

L'art. 53, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, secondo un'interpretazione strettamente letterale e statica (2) si lega con quanto previsto dall'art. 5-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013 che chiarisce che *“Il diritto di cui all'art. 5, comma 2”* - ossia, come detto, l'accesso civico generalizzato - è escluso, tra l'altro, nei casi *“in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”*.

In altri termini, l'accesso agli atti concernenti la procedura di affidamento e la fase di esecuzione dei contratti pubblici è oggetto di una disciplina *ad hoc*, costituita dalle apposite disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici, (e dunque da una *lex specialis*) e, ove non derogate, da quelle in tema di accesso ordinario recate dalla Legge n. 241 del 1990.

(1) Per un maggior approfondimento dell'istituto dell'accesso generalizzato, nonché dell'accesso agli atti *ex lege* n. 241/90 la cui finalità consiste nel “porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari” e dell'accesso semplice *ex art.* 5, comma 1, del D.Lgs. n. 33/2013 che “rimane circoscritto ai soli atti, documenti e informazioni oggetto di obblighi di pubblicazione

e costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge. Vedi Cavallini e Orsetti, “Gli istituti dell'accesso ad atti e documenti delle PPAA e degli organismi a partecipazione pubblica” in *Azienditalia*, 1/2019, p. 24.

(2) *Ex multis* TAR Lazio, 14 gennaio 2019, n. 425; TAR Emilia Romagna, Parma, 18 luglio 2018, n. 197; TAR Marche, 18 ottobre 2018, n. 677.

In tale ambito non trova perciò applicazione l'istituto dell'accesso civico generalizzato, stante la clausola di esclusione contenuta nel richiamato art. 5-bis, comma 3 del D.Lgs. n. 33/2013.

Né rileva la circostanza che alla data dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, emanato con il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, l'accesso civico generalizzato non fosse stato ancora introdotto, trattandosi di istituto previsto per la prima volta dal successivo D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che ha sostituito l'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013.

Quest'ultima disposizione, infatti come sopra evidenziato, considera e regola le ipotesi di discipline sottratte per espressa volontà del legislatore del 2016, anche se precedente all'introduzione del nuovo istituto, alla possibilità di accesso generalizzato.

L'esclusione dell'applicazione dell'accesso generalizzato troverebbe una propria e ben precisa *ratio* nella necessità di configurare la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici un "*complesso normativo chiuso*" (3), espressione di direttive europee finalizzate alla tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque ricomprende anche la regolamentazione dell'accesso agli atti delle specifiche procedure espletate.

Occorre dunque considerare che gli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici sono formati e depositati all'interno di una disciplina del tutto speciale e a sé stante.

In tale prospettiva appare giustificata la scelta, anche se solo implicita, di non consentire un accesso indiscriminato a soggetti non qualificati, trattandosi di documentazione, da un lato, che soggiace ad un puntuale e a penetrante controllo pubblicistico da parte dell'ANAC e, dall'altro, riguarda interessi di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili; in quanto tali sarebbero, dunque, esclusi per evitare quel pregiudizio agli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013). Ciò sarebbe tanto più vero dopo l'aggiudicazione, quando tali interessi divengono diritti soggettivi, ponendosi su di un piano pari ordinato rispetto a quelli della stazione committente. Non sarebbe infine irrilevante ricordare la *ratio* dell'istituto dell'accesso civico generalizzato, ossia, come dispone l'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 33/2013 "*... favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse*

pubbliche e ... promuovere la partecipazione al dibattito pubblico ...".

Non è possibile utilizzare questo istituto per fini strumentali od egoistici e diversi dal controllo sociale con le correlate finalità di prevenzione sull'attività della pubblica amministrazione.

Il TAR Marche nella sentenza n. 677/18 ha negato l'istanza di accesso civico generalizzato di un operatore economico perché "*in stretta correlazione con una nuova gara indetta dal Comune e risultando in realtà finalizzata, non ad un controllo sul perseguimento di funzioni istituzionali o sull'utilizzo di risorse pubbliche*" ma ad "*acquisire informazioni utili con riguardo all'esecuzione del precedente appalto (per esempio, al fine di verificare se la ditta controinteressata - che quasi certamente parteciperà alla nuova selezione - abbia commesso errori professionali gravi, tali da determinarne l'esclusione dalla nuova procedura)*". Quindi per scopi strettamente egoisti e non conciliabili con la finalità autentica dell'art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. n. 33/2013.

La tesi intermedia

Secondo una tesi intermedia la materia sarebbe regolata da una "disciplina complessa", risultante dall'applicazione dei diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello civico, che hanno un diverso ambito di operatività e un diverso grado di profondità (4).

Più precisamente i dati, le informazioni ed i documenti inerenti la fase esecutiva, successiva all'aggiudicazione del contratto di appalto, caratterizzata dai predetti rapporti paritari (tra stazione appaltante ed aggiudicatario), sarebbe esclusa dall'applicazione dell'art. 5, D.Lgs. n. 33/2013 mentre in merito agli atti relativi alla fase pubblicistica della procedura di affidamento (es. offerte tecniche ed economiche, piano finanziario) sarebbe ammissibile anche l'accesso civico generalizzato.

Infatti, come sancito dall'art. 37, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 33/2013 (poi sostituito dall'art. 31, comma 1, D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97): "Le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50".

La norma da ultimo citata è infatti coerentemente inserita nel capo V (rubricato come "Obblighi di pubblicazione in settori speciali") del decreto legislativo, che sottopone ad accesso civico generalizzato tutta la documentazione oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo il codice degli appalti.

(3) TAR Lazio, 14 gennaio 2019, n. 425.

(4) TAR Toscana n. 577/2019.

Dunque la materia (degli appalti), pur essendo espressamente soggetta all'applicazione ex art. 53 del D.Lgs. 50/2016 dell'accesso agli atti, non sarebbe del tutto esclusa dall'ambito di operatività del D.Lgs. n. 33/2013, come appena accennato.

E l'art. 5-bis del D.Lgs. 33/2013 elenca in modo tassativo gli ambiti sottratti alla regola generale della trasparenza, senza contemplare fra le materie escluse quella degli appalti pubblici.

La tesi estensiva

Secondo, infine, un'interpretazione più estensiva l'art. 53, D.Lgs. n. 50/2016 non va inteso come un rinvio fisso ma piuttosto come un rinvio dinamico, ovvero espressione della volontà del legislatore di sottoporre l'accesso ai documenti di gara generici (non sensibili) alle norme ordinarie in tema di accesso, nella loro evoluzione storica e, pertanto, attualmente alla disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 97/2016 (che novella l'art. 5, D.Lgs. n. 33/2013).

Il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso "ordinario" di cui agli artt. 22 ss. della Legge n. 241/1990 è spiegabile alla luce del fatto che il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al D.Lgs. 97 del 25 maggio 2016.

Il legislatore italiano con quest'ultima norma si è dichiaratamente ispirato al c.d. *Freedom of information act* che, nel sistema giuridico americano, ha da tempo superato il principio dei limiti soggettivi all'accesso, riconoscendolo a chiunque senza la prova di una particolare legittimazione e senza onere di motivare la relativa istanza, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, compresi tutti quelli attinenti alla fase del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicatario dell'appalto. Questo istituto ha dunque una limitazione solo oggettiva: oltre alle specifiche "materie" espressamente sottratte ve ne possono altresì essere altre che astrattamente rientrerebbero per intero nella possibilità di accesso, ma che in base a norme speciali (ovvero l'art. 24, comma 1, Legge n. 241/1990) possono essere sottoposte a "specifiche condizioni, modalità e limiti", non suscettibili di interpretazione estensiva. Laddove non si ricada in materie espressamente ed interamente escluse possono esserci solo limitazioni. Diversamente la legge speciale sull'accesso agli atti determinerebbe sempre l'esclusione della materia ogniqualvolta venga richiamata dalla singola disciplina speciale che assorbirebbe l'istituto dell'accesso civico.

Il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con sentenza n. 10/2020 pur riconoscendo la formulazione lacunosa dell'art 53, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 afferma che: "il rapporto tra le due discipline generali e settoriali ... non può essere letto unicamente ed astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma, secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla relazione delle discipline non è quella della separazione ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze, in vista della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo che rifugge in sé da una segregazione assoluta 'per materia' delle singole discipline".

Caduti quindi per questa via i limiti ermeneutici derivanti dall'art. 53 del Codice degli appalti, l'accesso civico generalizzato ferma le eccezioni di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 33/2013, è ammissibile anche in ordine agli atti della fase esecutiva.

Ed anzi nella materia degli appalti pubblici rappresenta la "fisiologica conseguenza dell'evidenza pubblica, in quanto che ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile".

Si tratta, infatti di un settore dove si manifestano fenomeni di *mala gestio*, di corruzione, infiltrazione mafiosa, in cui si sente l'esigenza di quel controllo diffuso da parte della collettività offerto dall'istituto dell'accesso generalizzato.

La difficile posizione del RUP: interpretare correttamente le intenzioni di chi propone l'accesso

Il Responsabile Unico del procedimento si trova dunque, alla luce delle considerazioni sopra esposte, in una difficile posizione, perché è chiamato ad interpretare le intenzioni soggettive di chi propone l'accesso.

Deve, dunque, esaminare l'istanza di accesso agli atti formulata in modo generico o cumulativo anche in base all'accesso civico generalizzato.

Da ciò consegue, evidentemente, che un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta come accesso civico generalizzato.

A fronte di una istanza, che non fa riferimento in modo specifico e circostanziato ad alcuna normativa non riconducendo l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla

sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere l'una e dell'altra forma di accesso, sempre che essi siano stati comunque, sotto il profilo sostanziale, manifestati nell'istanza.

È vero che l'accesso generalizzato non deve essere motivato a differenza di quello documentale, perché l'interesse argomentato come singolo ai sensi della Legge n. 241/1990 può essere utilizzato dall'amministrazione per riconoscere un interesse generale, come cittadino, ai sensi del D.Lgs. n. 33/2013.

Se invece l'istanza è formulata espressamente ai sensi della Legge n. 241/1990, l'onere della valutazione si restringerà solo con specifico riferimento alla disciplina dell'accesso agli atti e non potrà essere valutata sotto il profilo dell'accesso generalizzato ed il giudice amministrativo eventualmente adito non potrà mutare il titolo dell'accesso definito nell'atto originario ed oggetto di diniego.

Scelta una strada in sede procedimentale, è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro. Analogamente se l'istanza è limitata con specifico riferimento all'accesso civico l'amministrazione si limiterà ad esaminare quello specifico profilo, senza essere tenuta a pronunciarsi sull'altra forma di accesso.

Nell'orientare le sue scelte il RUP deve anche tener presente che nella fase di esecuzione del contratto esiste sempre un interesse concreto ed attuale, e quindi tutelabile *ex lege* n. 241/1990 del concorrente in relazione a tutte quelle vicende successive alla stipula del contratto di appalto e che potrebbero legittimare una risoluzione del rapporto.

In tal caso, infatti, l'amministrazione potrebbe scorere la graduatoria formata in corso di gara, stipulando un nuovo contratto, oppure riavviare una nuova procedura ad evidenza pubblica.

L'istanza non deve, però, tradursi in una generica volontà da parte di un terzo di controllare il semplice corretto svolgimento di un rapporto contrattuale. In tal caso, infatti, sarebbe del tutto legittimo negare l'accesso.

L'interesse deve essere preesistente all'istanza o chiaramente delineato e non deve essere impiegata per costruire *ad hoc* le premesse affinché il predetto interesse sorga (dopo). In tal caso l'istanza si tradurrebbe in una generica volontà da parte di un terzo di controllare il solo corretto svolgimento di un rapporto contrattuale. In tal caso, infatti, sarebbe del tutto legittimo negare l'accesso.