

Pubblicato il 02/08/2021

N. 05688/2021REG.PROV.COLL.

N. 02715/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2715 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difeso dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti; -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Carlomagno, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Antonio Nicodemo in Roma, via Tibullo n. 10;

***contro***

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Aldo Loiodice, Michelangelo Pinto, con domicilio eletto presso lo studio Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone, 12 Pal. B;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata -OMISSIS-, resa tra le parti, non notificata, con la quale era accolto il ricorso per l'annullamento

del diniego tacito formatosi sull'istanza di accesso -OMISSIS- formulata e per l'accertamento del diritto di accesso agli atti, così come richiesto con la predetta; e per l'effetto, ha ordinato alla -OMISSIS- di consentire l'ostensione di tutta la documentazione richiesta con il ricorso introduttivo di primo grado, e segnatamente di tutti gli atti e verbali relativi alla verifica dei requisiti effettuata in vista della stipula del contratto di appalto relativo al -OMISSIS- assegnato a -OMISSIS- all'esito della procedura per l'affidamento del servizio di preparazione e somministrazione pasti veicolati ai degenti e al personale dei presidi -OMISSIS-;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'art. 6, comma 1, lett. e) del d.l. 1 aprile 2021 n. 44, con il quale è stato prorogato il regime per lo svolgimento delle udienze da remoto fino alla data del 31 luglio 2021;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio da remoto del giorno 1 luglio 2021 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli avvocati come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

I – Con il ricorso indicato in epigrafe, la parte appellante si duole della sentenza di primo grado, con cui, nell'accogliere la domanda di ostensione, il giudice di primo grado erroneamente non avrebbe valutato che la richiesta di accesso era diretta ad ottenere l'accesso a documenti inerenti alla fase di esecuzione del contratto. Inoltre, secondo l'appellante, l'istanza di accesso non risulterebbe dimostrato, in quanto la richiedente, pur soccombente nel giudizio avverso l'aggiudicazione, si sarebbe limitata ad affermare la carenza delle prestazioni offerte dall'aggiudicataria,

relativamente alla disponibilità dei “centri di cottura alternativi” (istanza di -OMISSIS- del -OMISSIS-).

Il TAR non avrebbe in alcun modo considerato l’oggetto della richiesta, apparentemente diretto in senso assai lato alla ostensione di “atti e verbali relativi alla verifica dei requisiti per la stipula del contratto”, non rilevando come i centri di cottura emergenziali non costituiscano un requisito del contratto, ma una modalità di esecuzione.

L’istanza di accesso, pertanto, sarebbe meramente strumentale a verificare la correttezza dell’esecuzione. In tal senso contravverrebbe agli stessi principi elaborati dall’Adunanza Plenaria n. 10 del 2020, laddove è affermato il principio secondo cui l’interesse all’ostensione deve preesistere alla richiesta, non potendo avere la domanda un carattere meramente esplorativo.

Ancora, l’appellante lamenta l’inammissibilità dell’istanza di accesso.

Erroneamente, dunque, il giudice di primo grado avrebbe concluso per l’accoglimento, evidenziando che: “ *Nel merito, il ricorso è fondato, attenendo gli atti richiesti a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell’aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria (Cons. Stato, A.P., 2 aprile 2020, n. 10), mentre non traspare dagli atti di causa alcuno dei presupposti ostativi enucleati dall’art. 24 della legge 7 agosto 1990 e dall’art. 9 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184.*”

Anche la situazione fattuale-giuridica escluderebbe che nel caso di specie possa esercitarsi l’accesso documentale ex art. 22 della l. n. 241/1990. La -OMISSIS-, infatti, non potrebbe conseguire alcuna utilità dai documenti di cui chiede l’ostensione, innanzitutto, per essersi aggiudicata un ulteriore lotto messo a gara nella medesima procedura, retta dal vincolo di aggiudicazione di un solo lotto per concorrente.

Inoltre non varrebbe l’interpretazione del primo giudice quanto all’interesse di -OMISSIS- a scegliere il lotto più conveniente, in quanto, in ogni caso, conclusa la

fase di evidenza pubblica con l'aggiudicazione della procedura, divenuta definitiva, e la stipula del relativo contratto, il rapporto instaurato fuoriesce dalla dimensione pubblicistica per essere regolato dalle norme civilistiche, sottratte, dunque, all'ostensione.

Ancora, inammissibile sarebbe la richiesta di -OMISSIS-, per aver chiesto “*atti e verbali relativi alla verifica dei requisiti per la stipula del contratto*” ritenendo che la disponibilità dei centri di cottura d'emergenza debba esser annoverata tra i requisiti per la stipula del contratto, e che i centri cottura d'emergenza debbano essere indicati in verbali di verifica dei requisiti.

Si è costituita la parte controinteressata, esponendo che l'interesse concreto ed attuale della stessa all'accesso era correttamente individuato dal primo giudice nella sua posizione di seconda classificata. La documentazione, pertanto, si riferiva a vicende che – come individuato dal primo giudice – potrebbero comportare la risoluzione del contratto con scorrimento della graduatoria.

Quanto ai centri di cottura, la controinteressata che ha richiesto l'accesso avrebbe correttamente specificato i profili inerenti alla sussistenza dei requisiti per l'aggiudicazione, ovvero il possesso dei centri di cottura proposti in gara dall'aggiudicataria.

All'udienza di discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

II – Osserva il Collegio che con l'Adunanza Plenaria n 10 del 2020 si è posto fine al dibattito giurisprudenziale sorto a seguito dei contrapposti orientamenti delle sezioni del Consiglio di Stato (sentenza della sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780 e alle sentenze gemelle della sez. V, 2 agosto 2019, n. 5502 e n. 5503) in materia di accesso, in riferimento alla diverse tipologie e con specifico riguardo agli appalti pubblici.

L'Adunanza ha enunciato i seguenti principi di diritto:

“a) *la pubblica 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 riferimento ad*

*una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento;*

*b) è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, 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;*

*c) 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 e, 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 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma 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”.*

Risulta, pertanto chiarito che deve ammettersi 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, oltre all'A.P. 10/2020, già Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503). Di conseguenza, l'interprete deve applicare e valutare regole e limiti differenti.

IV – Ciò evidenziato, deve precisarsi tuttavia, che, nel caso che occupa, l'istanza di accesso è stata formulata specificamente con riferimento ad aspetti concernenti la verifica dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria. Ovvero si è inteso richiedere il contratto di affidamento ed i verbali relativi alla verifica dei requisiti, al fine di poter conoscere quanto rilevato dall'Amministrazione in sede di controllo dell'offerta tecnica con riguardo alle premesse dell'istanza circa la asserita mancata corrispondenza dei centri di cottura effettivamente a disposizione dell'aggiudicataria al progetto ed alla richiesta della gara.

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 -OMISSIS- e, di conseguenza, allo scorrimento della graduatoria ovvero alla riedizione della gara”*.

Ne discende che non può trovare condivisione la censura di genericità della istanza, neppure la censura circa la carenza di interesse della -OMISSIS-, né ancora il dedotto carattere esplorativo della domanda di ostensione.

L'istante, infatti, ha specificato il proprio interesse, concreto ed attuale a subentrare nel contratto (fatta salva ogni diversa valutazione da parte della -OMISSIS- di azionare una diversa forma di tutela anche per equivalente), ha individuato gli specifici punti sui quali l'Amministrazione sarebbe stata carente nelle verifiche, ha chiesto l'estensione non solo del contratto ma anche dei provvedimenti prodromici. Ed ancora non trova conforto nella stessa formulazione della domanda, l'affermazione di parte appellante circa la riferibilità dell'accesso alla fase meramente esecutiva.

V – Per tutto quanto sin qui evidenziato, risulta che l'istanza dell'odierna appellata risulta pienamente riconducibile all'ipotesi ammessa dall'Adunanza Plenaria citata al punto sub b).

VI – Ne discende che l'appello deve essere respinto.

VII – Tuttavia, in ragione della particolarità della controversia, che presenta alcuni profili di novità, nonché del dibattito giurisprudenziale, che ha portato all'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, sussistono i presupposti per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza -OMISSIS-.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio da remoto del giorno 1 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Solveig Cogliani**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO