

# L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sul rapporto tra accesso civico generalizzato e accesso al procedimento in materia di contratti pubblici

**Autore:** Laura Facondini

**In:** Diritto amministrativo

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n.10 del 2/4/2020 ha chiarito che l'impresa non aggiudicataria della gara è titolare di un interesse all'ostensione degli atti e dei documenti a condizione che l'istanza non sia esplorativa.

La documentazione inerente alla fase successiva alla stipulazione del contratto può costituire oggetto di accesso civico generalizzato, fermi restando i limiti previsti dalla legge a tutela di specifici interessi giuridicamente tutelati.

La Plenaria individua anche le modalità operative dell'esercizio del diritto d'accesso, affermando l'obbligo della Pubblica Amministrazione di esaminare l'istanza anche quando questa abbia un contenuto generico o si riferisca esplicitamente ad entrambe le modalità di accesso.

## La trasparenza e le diverse forme di accesso

La Pubblica Amministrazione è tenuta ad adempiere a **obblighi di pubblicità, trasparenza.**

Il diritto alla trasparenza amministrativa si è definito ed ampliato nel suo significato nel corso degli anni, dapprima con il Codice della Trasparenza del 2013 poi con il Decreto legislativo n.97/2016 con cui si è recepito il **FOIA**, istituito già diffuso in molti ordinamenti europei. L'esigenza di trasparenza risponde da un lato alle esigenze di consentire la partecipazione democratica dell'azione amministrativa, dall'altro alle esigenze di lotta alla corruzione.

Il FOIA "rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine [...] della Pubblica Amministrazione trasparente come una "casa di vetro" (cfr. Cons. di Stato parere n.515 del 2016).

Il FOIA si fonda sul riconoscimento del c.d. "diritto di conoscere" (right to know) alla stregua di un diritto

fondamentale, come si rileva anche dall'art. 1, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013, secondo cui le disposizioni dello stesso decreto, tra le quali anzitutto quelle dettate per l'accesso civico, costituiscono livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.

## **L'accesso civico generalizzato (FOIA) previsto dal D.lgs. n. 97/2016**

Con il Decreto legislativo n.97/2016 "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di Prevenzione della Corruzione Pubblicità e Trasparenza" è stata introdotta una nuova forma di accesso civico, ispirato al cd. "Freedom of information act": l'accesso civico generalizzato. Questa forma di accesso prevede che chiunque può accedere a tutti i dati e ai documenti posseduti dalle pubbliche amministrazioni. **L'accesso si estende, pertanto, anche ai dati per i quali non sussiste uno specifico obbligo di pubblicazione.** Chiunque può presentare l'istanza di accesso civico generalizzato senza necessità di fornire motivazioni.

L'accesso civico generalizzato introdotto nel corpus normativo del d. lgs. n. 33 del 2013 dal d. lgs. n. 97 del 2016 come diritto di "chiunque" viene riconosciuto e tutelato «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013).

L'esplicita precisazione del legislatore evidenzia proprio la volontà di superare quello che era e resta il limite connotato all'accesso documentale che non può essere preordinato ad un controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 3, della l. n. 241 del 1990).

Il legislatore, attraverso l'introduzione dell'accesso civico generalizzato, ha voluto consentire l'accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione, a "chiunque", prescindendo da un interesse manifesto. L'intento del legislatore delegato è stato quello di favorire **forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche**, promuovendo così la partecipazione al dibattito pubblico.

Nell'accesso civico generalizzato si ha un accesso finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa. Tale istituto di portata generale, tuttavia non è esente da alcune limitazioni rinvenibili sia in quanto stabilito nell'art. 5-bis, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 33/2013, sia nella scelta del legislatore di far rimanere in vita gli artt. 22 e ss. della l. 241/90 relativi all'accesso c.d. "ordinario".

## L'accesso civico disciplinato dal D.lgs 33/2013

Ulteriore forma di accesso è l'**accesso civico**. Si tratta del diritto di chiunque di richiedere i documenti, le informazioni o i dati che le pubbliche amministrazioni abbiano o messo di pubblicare pur avendone l'obbligo, come previsto dall' art. 5, comma 1, del D Lgs 33/2013. Chiunque può presentare l'istanza di accesso civico, senza necessità di fornire motivazioni.

Il D.lgs. n. 33/2013 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" ha introdotto il diritto all'informazione in quanto tale, svincolandolo dall'interesse procedimentale.

## L'accesso agli atti del procedimento previsto dalla L.241/1990

Il diritto di accesso disciplinato dagli artt. 22 e ss. della L.241/1990 è il diritto di accesso procedimentale. Tale forma riconosce il diritto di **accesso agli atti del procedimento** ai soggetti che detengono un interesse giuridicamente qualificato.

La legge 241 del 1990 ha disciplinato, a ben vedere due istituti volti a perseguire l'esigenza di tutela del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione. Da un lato la partecipazione al procedimento disciplinata dall'art.10, dall'altro l'accesso ai documenti, disciplinato dagli artt. 22 e ss.

Nell'accesso documentale ordinario, "classico", si è al cospetto di un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, in capo al richiedente, strumentale ad una situazione giuridica pregressa.

## L'accesso in materia di contratti pubblici

Per quanto attiene alla **disciplina dell'accesso nel Codice dei contratti**, l'art. 53 richiama al primo comma la disciplina contenuta nella l. 241/90, mentre nel secondo elenca una serie di prescrizioni riguardanti il differimento dell'accesso in corso di gara. L'art. 5 bis, comma 3 del d.lgs. n. 33/2013, stabilisce, invece che l'accesso civico generalizzato è escluso fra l'altro nei casi previsti dalla legge "ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti".

Pertanto, il Consiglio di Stato è stato recentemente chiamato a pronunciarsi sull'accesso civico

generalizzato agli atti di gara da parte di soggetto non concorrente

**La sentenza n. 3780 del 5 giugno 2019 del Consiglio di Stato chiarisce che l'accesso civico generalizzato agli atti di gara è consentito anche al soggetto non concorrente. Ha chiarito il Consiglio di Stato che occorre procedere ad una lettura coordinata ed alla interpretazione funzionale dell'art. 53 d.lgs. 50/2016, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e all'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. 33/2013.**

Tale ultima prescrizione fa riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina che mira a garantire il rispetto del principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione.

## **All'Adunanza Plenaria i rapporti tra accesso civico generalizzato e accesso ordinario in materia di contratti pubblici**

Il Consiglio di Stato, sezione III, attraverso l'**ordinanza n. 8501 del 15 dicembre 2019 ha sollevato all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato** la questione dei rapporti tra accesso civico generalizzato e accesso ordinario in materia di contratti pubblici.

**"E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se sia configurabile, o meno, in capo all'operatore economico, utilmente collocato nella graduatoria dei concorrenti, determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse giuridicamente protetto, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni, in vista della eventuale sollecitazione del potere dell'amministrazione di provocare la risoluzione per inadempimento dell'appaltatore e il conseguente interpello per il nuovo affidamento del contratto, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria.**

**E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se la disciplina dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016, sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice.**

**E' rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se, in presenza di un'istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, l'amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse**

**differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013;** se, di conseguenza, il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato”.

Ha chiarito la Sezione rimettente che qualora si ritenesse che il concorrente secondo graduato sia privo di un interesse differenziato che lo legittima all'esercizio del diritto di accesso ordinario, ai sensi della legge n. 241/1990, nei riguardi degli atti afferenti alla fase esecutiva dell'appalto, diventerebbe necessario affrontare la questione concernente l'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato nella materia dei contratti pubblici, tanto nella fase di scelta del contraente, quanto nella successiva fase di esecuzione delle prestazioni.

Il diritto di accesso civico generalizzato, infatti, si caratterizza proprio perché del tutto sganciato dal collegamento con una posizione giuridica differenziata. L'operatore economico, al pari di qualsiasi altro soggetto, potrebbe esercitare tale diritto anche al semplice scopo di verificare la correttezza dell'operato dell'amministrazione, indipendentemente dall'esigenza di proteggere una particolare situazione giuridica soggettiva.

Viene infine rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione **se, in presenza di un'istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale di cui alla l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, l'amministrazione, una volta accertata la carenza del necessario presupposto legittimante della titolarità di un interesse differenziato in capo al richiedente, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33 del 2013;** se, di conseguenza, il giudice, in sede di esame del ricorso avverso il diniego di una istanza di accesso motivata con riferimento alla disciplina ordinaria di cui alla l. n. 241 del 1990 o ai suoi presupposti sostanziali, abbia il potere-dovere di accertare la sussistenza del diritto del richiedente, secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato”.

Ha chiarito la Sezione rimettente che qualora l'Adunanza Plenaria dovesse risolvere in senso affermativo assumerebbe rilievo la complessa questione interpretativa inerente alla natura del rapporto tra la disciplina dell'accesso civico e la disciplina dell'accesso ordinario, nella specifica materia dell'accesso agli atti relativi alle procedure di evidenza pubblica ed alla fase esecutiva del rapporto contrattuale con l'impresa aggiudicataria.

La giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso di ritenere che i due sistemi normativi coesistano, nell'attuale complessivo regime della trasparenza dell'attività amministrativa, siccome

finalizzati a regolare due istituti autonomi, muniti di propri elementi caratterizzanti.

## **L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato chiarisce il rapporto tra accesso civico generalizzato e accesso al procedimento in materia di contratti pubblici**

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n.10 del 2/4/2020 ritiene che l'accesso civico generalizzato trovi applicazione anche alla materia dei contratti pubblici.

Il rapporto tra le due discipline dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali deve essere letto secondo un **canone ermeneutico di completamento/inclusione**, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le 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.

Nei rapporti tra discipline generali e discipline settoriali sull'accesso occorre "volta a volta, **verificare la compatibilità dell'accesso generalizzato con le «condizioni, modalità e limiti fissati dalla disciplina speciale»** (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

Afferma la Plenaria che non si rinviene una base normativa a tale eccezione assoluta nell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, disposizione speciale dettata dal codice dei contratti.

L'art. 53, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede infatti che il diritto di accesso sia semplicemente differito, in relazione al nominativo dei soggetti che nelle procedure aperte hanno presentato offerte o, nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito e che hanno manifestato il loro interesse e in relazione alle offerte stesse, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime offerte; in relazione alle offerte e al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione.

Questi atti, fino alla scadenza di termini indicati, «non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti» (art. 53, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016).

È questa una esclusione assoluta del diritto di accesso, per quanto temporalmente limitata, incompatibile con il diritto di accesso civico generalizzato, ai sensi dell'art. 5-bis, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, perché finalizzata a preservare la regolare competizione tra i concorrenti e il buon andamento della procedura di gara da indebite influenze, intromissioni, e turbamenti, e quindi dalla conoscenza di tali atti, prima della gara, da parte di chiunque.

L'art. 53, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede, parimenti, una esclusione assoluta del diritto di accesso in relazione:

- a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali;
- b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici per la soluzione delle liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

L'unica deroga a queste eccezioni assolute è prevista, nel comma 6 dell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, per l'accesso documentale c.d. difensivo del concorrente in ordine alle informazioni contenute nell'offerta o nelle giustificazioni di altro concorrente per la tutela in giudizio dei propri interessi.

La portata limitata di tali disposizioni non può comportare l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione **dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale forza espansiva una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso.**

Pertanto, i limiti previsti per l'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 e quelli dettati dalle singole discipline settoriali non possono essere superati ricorrendo strumentalmente all'istituto dell'accesso civico generalizzato. Tuttavia, deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti l'accesso civico generalizzato opera di diritto con la conseguenza che l'accesso civico generalizzato, ferme le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013, è ammissibile in ordine agli atti della fase esecutiva.

## **I principi di diritto enunciati dalla Plenaria**

In definitiva, la Plenaria enuncia 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.”

## **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/ladunanza-plenaria-del-consiglio-di-stato-si-pronuncia-sul-rapporto-tra-accesso-civico-generalizzato-e-accesso-al-procedimento-in-materia-di-contratti-pubblici/>