

Accesso agli atti - rapporto tra accesso ordinario e accesso generalizzato - contratti pubblici - fase esecutiva - requisiti. Tar Toscana, sez. III, 17 aprile 2019, n. 577, commento a cura dell'Avv. Silvia Albanese.

Fatto. La società ricorrente, mandante del RTI costituito con altre società, si classificava al secondo posto in graduatoria in una procedura di gara volta all'individuazione del soggetto cui affidare il "Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni".

Con istanza di **accesso agli atti**, la società chiedeva di verificare che l'esecuzione del contratto si svolgesse nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta effettuata in sede di gara, posto che eventuali inadempienze avrebbero comportato la risoluzione del contratto per inadempimento ed il conseguente affidamento del servizio alla seconda in graduatoria.

L'Amministrazione negava l'**accesso agli atti**, sul presupposto che la documentazione richiesta concerneva una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla gara in oggetto, e perciò ricompresi nel concetto più generale di "atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", con conseguente applicazione dei limiti stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241.

La ricorrente presentava ricorso al TAR ex art. 116 c.p.a. avverso il **diniego di accesso agli atti**, sostenendo che, sulla base degli articoli 22 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241, sussistesse un interesse qualificato e concreto, legato alla tutela dei propri interessi in giudizio e che, se si applicasse il D.Lgs. n. 33/2013, l'accesso sarebbe comunque consentito perché non è più richiesto uno specifico interesse per accedere agli atti pubblici, fuorché quelli espressamente esclusi.

Decisione. Il TAR respinge il ricorso.

Il Collegio, prima di esaminare il caso di specie, richiama la giurisprudenza non univoca che si è pronunciata sull'ambito di operatività dell'istituto dell'**accesso civico** e sulla sua applicabilità nella materia degli appalti pubblici.

Sul punto si possono sintetizzare due orientamenti.

Secondo un primo indirizzo, i documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. 50/2016 e pertanto restano esclusi dall'**accesso civico** c.d. generalizzato di cui all'art. 5,

comma 2, d.lgs. 33/2013.

Secondo un'altra tesi, invece, l'art. 53 d.lgs. 50/2016 non va inteso come un rinvio fisso ma come volontà del legislatore di sottoporre l'accesso ai documenti di gara generici alle norme ordinarie in tema di accesso, nella loro evoluzione storica e, pertanto, alla luce della regola generale della integrale trasparenza la quale implica il diritto di 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.

In ogni caso, è inammissibile una richiesta di accesso agli atti amministrativi avente natura meramente esplorativa, volta ad un mero controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione.

Ciò troverebbe conferma anche nella nuova disciplina dettata dal legislatore: nonostante il Dlgs n. 97/2016 abbia introdotto il nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato, con l'obiettivo di consentire a chiunque di accedere ai documenti e ai dati detenuti dai soggetti indicati, ha comunque dettato una tutela rafforzata per alcuni interessi pubblici e privati, introducendo specifici casi di esclusione dall'accesso agli atti.

Secondo il Collegio, la richiesta di accesso agli atti presentata dalla ricorrente, avendo ad oggetto la documentazione strettamente attinente allo svolgimento del servizio ed essendo volta alla verifica della corretta esecuzione delle prestazioni, non potrebbe rientrare nelle ipotesi di accesso generalizzato.

La normativa di riferimento, infatti, non ammette in ogni caso l'accesso civico, ma al contrario, l'art. 5 bis Dlgs n. 33/2013, lo esclude ove esso sia subordinato dalla legge vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti.

Emerge una disciplina complessa, che risulta dall'applicazione di diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello civico, che hanno un diverso ambito di operatività e grado di profondità con effetti diversificati con riferimento al settore speciale dei pubblici appalti.

Con specifico riferimento al profilo in questione, il Collegio ritiene che debba trovarsi il necessario punto di equilibrio risultante dall'applicazione dell'art. 53 d.lgs. 50/2016, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e

dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. 33/2013.

Secondo i giudici amministrativi, si deve distinguere tra i dati inerenti la fase esecutiva e quelli che riguardano la fase pubblicistica della procedura di affidamento.

Nel primo caso, essendo la fase esecutiva caratterizzata da rapporti paritari, l'interesse della ex partecipante alla gara può configurarsi solo nel rispetto delle condizioni e dei limiti dell'accesso ordinario; con la conseguenza che se manca un interesse differenziato (concreto, diretto e attuale) all'accesso ai documenti, l'accesso deve essere negato.

Al contrario, se l'accesso ha ad oggetto dati e documenti (es. offerte tecniche ed economiche, piano finanziario) della fase pubblicistica della procedura di affidamento, il TAR ammette, oltre all'accesso ordinario, anche l'**accesso civico** generalizzato, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e al fine di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

Alla luce dei principi espressi, il Collegio respinge il ricorso, ritenendo che non siano stati osservati i limiti e le condizioni necessari per avanzare l'istanza di accesso ordinario (L. 241/1990).

diniego di accesso agli atti