

CAPITOLO 3

L'accesso agli atti relativi alla fase di esecuzione di un contratto pubblico

1. Parere

1.1 Traccia

Alfa S.r.l. si classificava al secondo posto in graduatoria nella procedura di gara avviata dalla società pubblica Beta S.p.A. volta all'individuazione del soggetto cui affidare servizi di global service di igiene ambientale per le proprie sedi e gli autobus della propria flotta, nella quale la società Gamma S.r.l. veniva dichiarata aggiudicataria.

In seguito, Alfa presentava a Beta S.p.A. una istanza di accesso agli atti, con la quale 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 Alfa.

Gamma dichiarava di opporsi all'ostensione della documentazione richiesta da Alfa, in quanto relativa alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale e non pertinente né rispetto alla gara svolta né al giudizio pendente al Tribunale Amministrativo Regionale per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

Successivamente, Beta emanava un provvedimento di diniego all'accesso, rilevando che "la documentazione richiesta concerne 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 L. 7 agosto 1990, n. 241.

Alfa ritiene di avere interesse all'accesso agli atti sulla base delle seguenti ragioni: in primo luogo, nel caso di risoluzione del contratto, Beta potrà procedere allo scorrimento della graduatoria, interpellando il secondo classificato; in secondo luogo, anche ove la decisione dell'Amministrazione fosse quella di bandire una nuova gara, Alfa potrebbe partecipare; in terzo luogo, l'interesse ad ottenere i documenti

richiesti consisterebbe in una migliore difesa nel giudizio al TAR per l'annullamento dell'aggiudicazione. In tal senso, Alfa sostiene che, anche se si volesse applicare unicamente la normativa degli artt. 22 e ss. della L. 241/1990, sussisterebbe un interesse qualificato e concreto, legato alla tutela dei propri interessi.

Sotto un secondo profilo, Alfa ritiene che l'accesso doveva comunque essere concesso, anche in base al D.Lgs. 33/2013.

Avverso il provvedimento di diniego, Alfa proponeva ricorso dinanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale.

Assunte le vesti del legale consultato dalla società pubblica Beta S.p.A., il candidato rediga un parere motivato sulla legittimità del diniego di accesso opposto ad Alfa S.r.l. e sulle possibilità di resistere vittoriosamente al ricorso proposto da quest'ultima.

1.2 Svolgimento

Il quesito posto dalla società pubblica Beta S.p.A. impone di vagliare la legittimità del diniego di accesso opposto alla società Alfa S.r.l., con riferimento agli atti della fase esecutiva del contratto di appalto aggiudicato a Gamma S.r.l., nonché di valutare le possibilità di resistere vittoriosamente al ricorso proposto da quest'ultima avverso il provvedimento di diniego.

In via preliminare, occorre evidenziare il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, anche alla luce dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 10 aprile 2020, n. 10.

L'art. 35, comma 1, del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Nuovo Codice dei contratti pubblici), prevede che *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli artt. 3bis e 22 e ss. della L. 7 agosto 1990, n. 241 e degli artt. 5 e 5bis del D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33”*. Tale disposizione recepisce espressamente l'orientamento dell'Adunanza Plenaria in ordine all'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 24, comma 7, della L. 241/1990, l'accesso agli atti della P.A. va garantito qualora sia funzionale a qualunque forma di tutela, sia giudiziale che stragiudiziale, anche prima e indipendentemente dall'effettivo esercizio di un'azione giudiziale. Tale norma sancisce la tendenziale prevalenza del c.d. accesso difensivo anche sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale delle parti controinteressate.

2. Atto

2.1 Traccia

Alfa S.r.l. si classificava al secondo posto in graduatoria nella procedura di gara avviata dalla società pubblica Beta S.p.A. volta all'individuazione del soggetto cui affidare servizi di global service di igiene ambientale per le proprie sedi e gli autobus della propria flotta, nella quale la società Gamma S.r.l. veniva dichiarata aggiudicataria.

In seguito, Alfa presentava a Beta S.p.A. una istanza di accesso agli atti, con la quale 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 Alfa.

Gamma dichiarava di opporsi all'ostensione della documentazione richiesta da Alfa, in quanto relativa alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale e non pertinente né rispetto alla gara svolta né al giudizio pendente al Tribunale Amministrativo Regionale per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

Successivamente, Beta emanava un provvedimento di diniego all'accesso, rilevando che "la documentazione richiesta concerne 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 L. 7 agosto 1990, n. 241.

Alfa proponeva ricorso al competente TAR rappresentando il proprio interesse all'accesso agli atti sulla base delle seguenti ragioni: in primo luogo, nel caso di risoluzione del contratto, la Beta potrà procedere allo scorrimento della graduatoria, interpellando il secondo classificato; in secondo luogo, anche ove la decisione dell'Amministrazione fosse quella di bandire una nuova gara, Alfa potrebbe partecipare; in terzo luogo, l'interesse ad ottenere i documenti richiesti consisterebbe in una migliore difesa nel giudizio al TAR per l'annullamento dell'aggiudicazione. In tal senso, Alfa sosteneva che, anche se si volesse applicare unicamente la normativa degli artt. 22 e ss. della L. 241/1990, sussisterebbe un interesse qualificato e concreto, legato alla tutela dei propri interessi.

Sotto un secondo profilo, Alfa postulava che l'accesso doveva comunque essere concesso, anche in base al D.Lgs. 33/2013.

Assunte le vesti della società pubblica Beta, il candidato rediga l'atto processuale ritenuto più idoneo per tutelare il proprio assistito.

2.2 Svolgimento

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL/LA

Sez. – R.G. n.

Camera di consiglio del

MEMORIA DI COSTITUZIONE E DIFESA

La società **Beta S.p.A.** (CF/PI n.), con sede a, via/piazza (C.F.), in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig., nato a, il, residente in, via, n., rappresentata e difesa dall'Avv. (C.F. pec:), e con questo elettivamente domiciliata al domicilio digitale all'indirizzo di posta elettronica certificata pec; e con domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto avvocato, in, giusta procura rilasciata in forma cartacea e acclusa al presente atto nativo digitale in copia conforme all'originale da cui è estratta;

– Amministrazione resistente –

CONTRO

– **Alfa S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

– ricorrente –

nei confronti di

– **Gamma S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

– controinteressata –

per l'annullamento

– del provvedimento prot. n. del di diniego del diritto della società Alfa S.r.l. di accedere agli atti relativi alla fase di esecuzione dell'appalto per servizi di global service di igiene ambientale per le sedi e gli autobus della flotta della società Beta S.p.A. (doc. 1);

* * *

Con ricorso notificato in data, la società Alfa S.r.l. ha impugnato il provvedimento di diniego all'accesso agli atti relativi all'esecuzione dell'appalto per servizi di global service di igiene ambientale per le sedi e gli autobus della flotta della società Beta S.p.A. (o "Stazione Appaltante").

In vista dell'udienza fissata per il, Beta si costituisce nel presente giudizio e intende replicare al ricorso presentato dalla controparte.

Il ricorso è infondato e deve essere respinto per i motivi che seguono.

2.3 Gli elementi di fatto più rilevanti

Dalla disamina della traccia, è necessario evidenziare i seguenti elementi di fatto:

- la circostanza che Alfa è un *ex* concorrente alla gara indetta da Beta;
- la circostanza che la gara risulta essere in fase di esecuzione e che pende un ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva;
- il tenore dell'istanza di accesso presentata da Alfa, avente lo scopo (meramente esplorativo) di verificare il rispetto delle obbligazioni derivanti dal contratto di appalto;
- il diniego dell'istanza.

2.4 Le norme ed i principi applicabili

Art. 22, comma 1, lettere d) ed e) della L. 241/1990. *Definizioni e principi in materia di accesso:* “d) per “documento amministrativo”, ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico provvedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”;

e) per “pubblica amministrazione”, tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”.

Art. 23, L. 241/1990. *Ambito di applicazione del diritto di accesso*, secondo cui “Il diritto di accesso di cui all'art. 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi [...]”.

Art. 24, comma 7, L. 241/1990. *Esclusione dal diritto di accesso*, secondo cui “Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

Art. 35, D.Lgs. 36/2023. *Accesso agli atti e riservatezza*, ai sensi del quale “1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti

ne all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

3. L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato.

4. Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità.

5. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione”.

2.5 Questioni giuridiche poste dalla traccia

La traccia, per come formulata, impone al candidato la redazione di una **memoria di costituzione** da parte della Società Beta *ex art. 46 c.p.a.*, in un ricorso in materia di accesso.

Il **rito in materia di accesso** è disciplinato dall'**art. 116 c.p.a.** e costituisce uno dei riti speciali previsti dal codice del processo amministrativo, insieme al rito in materia di silenzio, di appalti, elettorale ed abbreviato (relativo a specifiche materie).

Il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, è rivolto ad acclarare la sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, è dunque un “giudizio sul rapporto”, come del resto si evince dall'art. 116, comma 4, D.Lgs. 104/2010, secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, “*ordina l'esibizione dei documenti richiesti*” (Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2018, n. 3956).

Il giudizio avverso il diniego all'accesso è strutturato come un'**azione di accertamento e condanna** che, in caso di esito positivo del ricorso, comporta un obbligo per la P.A. di consentire l'ostensione dei documenti richiesti.

Ai sensi dell'art. 116, comma 1, il ricorso si propone entro **trenta giorni** dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato.

Tutti i **termini processuali sono dimezzati** rispetto a quelli del processo ordinario, tranne quelli del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti (art. 87, comma 3, c.p.a.).

Pertanto, il **deposito** avviene nel termine perentorio di **quindici giorni**, decorrente dal perfezionamento dell'ultima notificazione, mentre la **costituzione**

totale degli atti di gara, pur sempre previa verifica degli interessi-limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all'art. 5bis, commi 1 e 2, del D.Lgs. 33/2013.

Nel Nuovo Codice dei contratti pubblici (in continuità con la sua precedente edizione), continua ad assumere grande rilievo la fase della conoscenza e della trasparenza della procedura attraverso la possibilità, da parte dei partecipanti, di chiedere alla stazione appaltante di avere contezza non solo di quanto dichiarato dai partecipanti in sede di presentazione delle offerte, ma anche di come la stessa stazione appaltante abbia fatto la sua scelta, anche al fine di comprendere se siano stati rispettati i principi basilari della “evidenza pubblica” e cioè la *par condicio* dei partecipanti e la concorrenza.

Proprio in ragione dell'arresto dell'Adunanza Plenaria, il Nuovo Codice prevede espressamente l'applicabilità dell'accesso civico alla materia dei contratti pubblici. La conferma di ciò si desume dal richiamo alla relativa disciplina da parte dell'art. 35, comma 1, D.Lgs. 36/2023.

2.6 La giurisprudenza

■ **Cons. Stato, Ad. Plen, 10 aprile 2020, n. 10**, che 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. 241/1990, 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. 241/1990, 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. 50/2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione

2.7 Schema dello svolgimento

- 1) **Intestazione:** Giudice adito dal ricorrente, numero di ruolo del ricorso e data della udienza;
- 2) **indicazione delle parti:** in particolare, della società resistente e del ricorrente, con l'indicazione degli avvocati difensori;
- 3) **esposizione dei fatti:** indicazione sommaria degli elementi fattuali più rilevanti;
- 4) **parte in diritto:** breve riepilogo dei motivi di ricorso avversario; esposizione dei motivi a confutazione dei medesimi.
- 5) **conclusioni:** richiesta di rigetto nel merito del ricorso;
- 6) **data e firma;**
- 7) **procura speciale.**

2.8 Analisi dello svolgimento

Di seguito si riporta l'atto, evidenziandone gli elementi strutturali e le argomentazioni utilizzate.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL/LA

Sez. – R.G. n.

Camera di consiglio del

MEMORIA DI COSTITUZIONE E DIFESA

La società **Beta S.p.A.** (CF/PI n.), con sede a, via/piazza(C.F.), in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig., nato a, il, residente in, via, n., rappresentata e difesa dall'Avv. (C.F. pec:) e con questo elettivamente domiciliata al domicilio digitale all'indirizzo di posta elettronica certificata pec; e con domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto avvocato, in, giusta procura rilasciata in forma cartacea e acclusa al presente atto nativo digitale in copia conforme all'originale da cui è estratta;

– Amministrazione resistente –

CONTRO

- **Alfa S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
– ricorrente –

INTESTAZIONE:

individuazione giudice competente, numero di ruolo del ricorso, data della udienza e indicazione dell'atto proposto

Indicazione del ricorrente

nei confronti di

- Gamma S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
– controinteressata –

Indicazione della parte
controinteressata

per l’annullamento

- del provvedimento prot. n. del di
diniego del diritto della società Alfa S.r.l. di accedere agli
atti relativi alla fase di esecuzione dell’appalto per servizi di
global service di igiene ambientale per le sedi e gli autobus
della flotta della società Beta S.p.A. (doc. 1);

Indicazione dei
provvedimenti
impugnati

* * *

Con ricorso notificato in data, la società Alfa S.r.l. ha impugnato il provvedimento di diniego all’accesso agli atti relativi all’esecuzione dell’appalto per servizi di global service di igiene ambientale per le sedi e gli autobus della flotta della società Beta S.p.A. (o “Stazione Appaltante”).

In vista dell’udienza fissata per il, Beta si costituisce nel presente giudizio e intende replicare al ricorso presentato dalla controparte.

Il ricorso è infondato e deve essere respinto per i motivi che seguono.

* * *

FATTO

1. La società ricorrente, Alfa S.r.l., ha partecipato alla gara per l’affidamento dei servizi di global service di igiene ambientale per le sedi e gli autobus della flotta di Beta, classificandosi al secondo posto.
2. La gara è stata aggiudicata alla società Gamma S.r.l., come da comunicazione prot. n. del (doc. 2).
3. Alfa ha proposto ricorso al TAR (R.G. n. /.....) avverso il provvedimento di aggiudicazione.
4. In data, Alfa ha presentato a Beta una istanza di accesso agli atti (doc. 3), con la quale 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 Alfa.
5. Con nota del (doc. 4), Gamma si è opposta all’ostensione della documentazione richiesta da Alfa, in quanto relativa alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale e non pertinente né rispetto alla gara svolta né al giudizio

ESPOSIZIONE DEI FATTI:
indicazione sommaria
degli elementi fattuali
più rilevanti