

Ma allora l'accesso civico si applica alle gare d'appalto?

20
teme

La notizia è di certo molto interessante.

Dopo che per anni una giurisprudenza praticamente "granitica" ha sempre sostenuto che l'accesso "civico generalizzato" non possa trovare applicazione alle gare d'appalto, con la pronuncia 11 gennaio 2019 n. 45 il Tar Milano apre una breccia accogliendo il ricorso avverso, il diniego d'accesso opposto ad un operatore economico che non aveva partecipato ad una gara ma che aveva, ciononostante, presentato un'istanza ai documenti ex art. 5 D.Lgs.n. 33/2013.

E' a tutti noto che, con la pubblicazione del D.Lgs. 25/5/2016, n. 97, si sono venuti definitivamente a profilare tre diverse tipologie di accesso, ovvero:

- accesso documentale o procedimentale disposto dalla L.n. 241/90 e (art. 21 segg.), che risulta consentito ai soggetti che hanno partecipato al procedimento amministrativo e che vantano un interesse concreto e motivato ad accedere alla documentazione ad esso relativa;
- accesso civico "semplice", introdotto dal D.Lgs.n. 33/2013 ma che tuttavia riguarda esclusivamente le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria; così "*L'obbligo [...] di pubblicare i dati ed informazioni comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui ne sia stata omessa la pubblicazione*" (art. 5, comma 1). La richiesta d'accesso civico non necessita quindi d'alcuna legittimazione soggettiva (può essere presentata da "chiunque") né dev'essere motivata, ma risulta tuttavia limitata alla sola documentazione che, ai sensi del D.Lgs.n. 33/2013, dev'essere obbligatoriamente pubblicata e che, in materia di appalti, l'art. 37 del medesimo D.Lgs.n. 33/2013 "limita" alla determina a contrarre, al bando, al capitolato ed ai verbali di gara ma non alle offerte ed alla documentazione dei concorrenti alla procedura;
- accesso civico "generalizzato" disposto infine dal D.Lgs. 25/5/2016, n. 97 (cd. F.O.I.A) che, modificando il precedente D.Lgs.n. 33/2013, introduce il comma 2° all'art. 1 in cui è detto che "*chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministra-*

zioni ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione"; in tal modo è stata definitivamente sancita la totale ed indistinta facoltà di chiunque ad accedere a qualsiasi atto o documento posseduto dalla P.A., a prescindere quindi dal suo interesse, dalla sua legittimazione nonché dalla sua motivazione.

Nulla quaestio pertanto ...

In realtà non è così, in quanto il Legislatore del FOIA ha previsto delle "eccezioni" all'accesso generalizzato, disposte dall'art. 5-bis che, per quanto qui d'interesse, espressamente prevede che la P.A. può diniegare l'accesso ad atti e documenti in caso in cui ciò possa provocare un pregiudizio alla tutela degli "*interessi economici e commerciali*" (ivi compresi i cd. "*segreti commerciali*").

Al suddetto quadro normativo deve poi aggiungersi, quando si parla di procedure ad evidenza pubblica, la disciplina specifica prevista in materia che, alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 33/2013 era il D.Lgs.n. 163/2016 (art. 13), mentre alla data d'entrata in vigore del D.Lgs. n. 97/2016 era il D.Lgs. 50/2016 (art. 53). Tanto l'art. 13 che il successivo art. 53, tuttavia, prevedono una particolare disciplina da applicare nelle gare d'appalto all'"accesso documentale" ex L.n. 241/90 e, sebbene poi vi sia sintonia con il FOIA in merito al diniego d'ostensione dei documenti che costituiscono "*segreti tecnici e commerciali*" (comma 5), da nessuna parte è chiarito se alle gare d'appalto si possa applicare (o meno) l'accesso civico generalizzato.

E' proprio da questa mancata chiarezza del Legislatore che ha tratto origine una lunga discussione in dottrina, in quanto da un parte vi sono quegli autori che sostengono come il D.Lgs 25/5/2016, n. 97 (FOIA), in quanto cronologicamente successivo al D.Lgs. 18/4/2016, n. 50 (Codice appalti), debba integrarlo e quindi come sia pacifico che, alle procedure di gara, si debba applicare l'accesso civico generalizzato, mentre altra parte della dottrina diversamente sostiene che la normativa sugli appalti è da ritenersi "speciale" rispetto a quella generale sull'accesso

amministrativo (L.n. 241/90) e come pertanto, anche se antecedente, il D.Lgs.n. 50/2016 debba “prevale” sul D.Lgs. 97/2016, da cui ne deve conseguire gioco-forza come l’accesso in materia di appalti possa essere solo “documentale”.

Finora questa seconda posizione è stata condivisa da tutta la giurisprudenza.

Così il Tar Parma (18/7/2018, n. 197) ed il Tar Marche (18/10/2018, n. 677) hanno negato l’accoglimento di un’istanza civica generalizzata avanzata da un operatore economico “escluso” da una gara che chiedeva informazioni sulla fase esecutiva dei contratti d’appalto, in quanto gli istanti non era né legittimi soggettivamente (in quanto esclusi) né tantomeno vantavano un interesse concreto e motivato (in quanto i contratti, di cui chiedevano notizie, aveva già esaurito i loro effetti).

Più di recente il TAR Roma (II°, 14/1/2019, n. 425) ha affrontato un caso un può particolare in cui un concorrente (2° classificato in gara) prima avanzava un’istanza di accesso documentale salvo poi, quando Consip parzialmente la negava, inoltrare allora un’istanza d’accesso (questa volta) generalizzata, che tuttavia il TAR rigettava sul presupposto che “l’accesso agli atti concernenti la procedura di affidamento e la fase di esecuzione dei contratti pubblici è oggetto di una disciplina da hoc”, nel cui ambito quindi non può trovare applicazione l’istituto dell’accesso civico generalizzato.

In questo scenario giurisprudenziale merita quindi una particolare attenzione la pronuncia del TAR Milano sez. IV° 11/1/2019, n. 45 che, al contrario dei precedenti succitati, ritiene pienamente applicabile il FOIA alle gare d’appalto, così accogliendo la richiesta di un soggetto che non aveva (neanche) partecipato alla gara.

La società Carbotermo infatti, pur invitata prima ad una procedura ristretta (andata deserta) e poi ad una negoziata, decideva di non parteciparvi salvo poi, venuta a conoscenza dell’intervenuta aggiudicazione, avanzava richiesta d’accesso civico generalizzato all’offerta tecnica ed economica della vincitrice.

La stazione appaltante negava l’accesso a detti documenti ritenendo la sussistenza di un grave “pregiudizio concreto” agli interessi commerciali ed economici dell’acceduto, ma a fronte di tale diniego la richiedente presentava ricorso ed il TAR meneghino, come detto, accoglieva appieno il ricorso.

Ora, ad onor del vero il Collegio motiva questa sua deci-

sione in ragione della carenza di motivazione del diniego da parte dell’Amministrazione, che non avrebbe preventivamente richiesto all’aggiudicataria se acconsentiva (o meno) a concedere l’accesso, né valutata l’ipotesi (come peraltro richiesta) di concedere anche solo un accesso parziale.

Per questo motivo, quindi, qualche commentatore ha ritenuto che detta pronuncia in realtà non si pone così “in rottura” con le precedenti posizioni giurisprudenziali. Non si è tuttavia di questo avviso in quanto, sebbene la fattispecie concreta presenti profili di indubbia specificità, tuttavia sono le considerazioni che svolge il Collegio per giungere alla presa conclusione che non lasciano dubbi sul suo reale convincimento.

Così l’affermazione secondo cui “la disciplina dell’accesso agli atti in materia di appalti si rinviene nell’art. 53 del

codice dei contratti pubblici, il quale però al primo comma richiama esplicitamente la legge n. 241/1990, salvo introdurre nei commi successivi una serie di prescrizioni riguardanti invero essenzialmente il differimento dell’accesso in corso di gara, senza quindi che possa sostenersi che si configuri una speciale disciplina, realmente derogatoria di quella di ordine generale della legge 241/1990 e tale da escludere definitivamente l’accesso civico”,

ma, ancor di più,

l’asserzione che “non può certamente affermarsi che il c.d. accesso civico

non possa applicarsi ai procedimenti

di appalto delle pubbliche amministrazioni di cui al vigente D.Lgs. 50/2016”

non credo possano lasciare dubbi al riguardo.

Ma se l’accesso civico generalizzato è stato “sdoganato” anche nella materia degli appalti, ciò allora significa che chiunque d’ora in poi potrà, indipendentemente dall’aver partecipato alla procedura nonché a prescindere dal fatto che indichi un interesse concreto e motivato, richiedere ed ottenere l’accesso a tutte le offerte ed alla documentazione di gara presentata da qualsiasi concorrente, senza limitazione alcuna.

Se così è, attendiamo allora una “battaglia” ancora più strenua in merito alla corretta determinazione di quel concetto – francamente ancora piuttosto vago – di “interessi economici e commerciali” (ivi compresi i cd. “segreti commerciali”) di cui all’art. 5-bis del D.Lgs.n. 33/2013, che rappresenta l’ultimo baluardo per la difesa della “privacy” dei concorrenti !!!

Forse una nuova era in materia d’accesso ai documenti di gara si è dunque aperta ...