

TRASPARENZA - ANAC

Accesso difensivo, l'attività dell'affidatario del servizio può essere controllata dal concorrente

Della richiesta di accesso agli atti di una procedura di selezione urgente indetta da una azienda ospedaliera, effettuata da una società che offre servizi di trasporto sanitario su tutto il territorio nazionale per conoscere le eventuali proroghe di un servizio, controllare la consistenza del rapporto contrattuale e il corretto procedimento di gara, si è occupato il Tar Catania con la [sentenza n. 2170/2017](#).

La richiesta serviva a un'impresa per provare le eventuali irregolarità commesse dall'affidatario del servizio, alla cui gara per l'assegnazione non era stata invitata. I giudici, peraltro, hanno consentito anche la lettura della documentazione contabile, con occultamento dei dati non utili per l'interesse manifestato nel ricorso.

La prevalenza

L'accesso difensivo è considerato prevalente, purché sia esercitato per tutelare interessi giuridicamente protetti e riguardi un documento indispensabile a tali fini, la cui esigenza non possa essere altrimenti soddisfatta. In tali termini si era espressa già l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 5/2007 e il riconoscimento di questo diritto è stato subordinato alla dimostrazione che vi sia «rigida necessità» e non «mera utilità» all'acquisizione del documento.

Nella fattispecie non è un'istanza rivolta a un controllo generalizzato dell'operato dell'amministrazione, essendo stati indicati in modo puntuale i documenti richiesti.

Le norme

L'articolo 53, comma 1, del Dlgs 50/2016 fissa quale principio generale il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, che è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 241/1990 e da disposizioni specifiche.

Questa impostazione è in linea con il recente orientamento normativo che amplia in termini qualitativi il valore della trasparenza amministrativa, con riguardo alla generale azione della pubblica amministrazione e valorizza diffuse forme di controllo da parte dei cittadini.

In relazione alle offerte il diritto di accesso è differito all'aggiudicazione, ma è escluso in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali (articolo 53, comma 5, lettera a del Dlgs 50/2016). Nondimeno, pure in relazione a tale ipotesi, è consentito l'accesso al concorrente per la difesa in giudizio (articolo 53, comma 6, del Dlgs 50/2016).

La giurisprudenza

La giurisprudenza ha accolto un'interpretazione estensiva del concetto di «difesa in giudizio» riconducendo a esso ogni forma di tutela di posizioni giuridiche e ha classificato le compressioni previste dai commi 2 e 5, articolo 53, del Dlgs 50/2016 quali norme speciali, rispetto alla legge 241/1990, da interpretarsi in modo restrittivo.

Le deroghe a queste eccezioni, contenute nel comma 6 dell'articolo 53, determinano una riespansione del diritto generale di accedere agli atti, e sono «eccezioni all'eccezione» e, pertanto, regola.

Per tali ragioni, in base alla sentenza Tar Valle d'Aosta 34/2017, il diritto di accesso difensivo non viene meno a seguito del decorso del termine utile per intraprendere azioni giurisdizionali volte alla contestazione dell'esito della procedura di gara avanti il Tar competente.

In quest'ottica la giurisprudenza ha rimarcato il diritto di accesso di un'impresa alla documentazione utile per provare le eventuali irregolarità commesse dall'affidatario nell'esecuzione dell'appalto, e tutelare la sua posizione di operatore del settore a fronte di affidamenti diretti ai quali la stessa non è stata invitata.

Infatti, è stato riconosciuto all'impresa non invitata l'interesse qualificato, personale e concreto, alla verifica delle infrazioni al principio della libera concorrenza.

Fonte: Il Sole 24 Ore del 12/10/2017

Autore: Maria Luisa Beccaria