

Publicato il 02/04/2020

N. 00010/2020REG.PROV.COLL.
N. 00016/2019 REG.RIC.A.P.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 16 di A.P. del 2019, proposto da Diddi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso d'Italia, n. 97;

contro

Azienda U.S.L. Toscana Centro, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giovanni Pasquale Mosca e dall'Avvocato Maria Foglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Pasquale Mosca in Roma, corso d'Italia, n. 102;

nei confronti

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gennaro Rocco Notarnicola, dall'Avvocato Aristide Police e dall'Avvocato Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, n. 11;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Comune di Chiaramonte Gulfi, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Agatino Cariola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza n. 577 del 17 aprile 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. III, resa tra le parti, concernente l'accesso agli atti dell'esecuzione del contratto di appalto.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.S.L. Toscana Centro e del controinteressato C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020 il Consigliere Massimiliano Nocelli e uditi per l'odierna appellante, Diddi s.r.l., l'Avvocato Pietro Adami, per l'appellata Azienda l'Avvocato Raffaella Chiumminto su delega dell'Avvocato Giovanni Pasquale Mosca, per la controinteressata C.N.S. l'Avvocato Gennaro Rocco Notarnicola, l'Avvocato Aristide Police e l'Avvocato Fabio Cintioli, e per l'interventore *ad opponendum*, il Comune di Chiaramonte Gulfi, l'Avvocato Agatino Cariola, ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, Diddi s.r.l., ha proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana avverso la nota dall'Azienda U.S.L. Toscana Centro del 2 gennaio 2019 (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda), che reca il diniego dell'istanza di accesso agli atti, presentata il 6 dicembre 2018, avente ad oggetto i documenti relativi all'esecuzione del «*Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni*», svolto dal r.t.i. composto dal CNS – Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (di seguito, per brevità, CNS) e dalle società Prima Vera – Exitone – Termotecnica Sebina – SOF.

1.1. A supporto di tale richiesta, l'appellante ha esposto di essere titolare di uno specifico interesse, qualificato e differenziato, avendo partecipato alla gara per l'affidamento del servizio in oggetto, nella qualità di mandante del r.t.i. costituito con altre società, classificatosi al secondo posto della graduatoria, relativa al lotto n. 5, concernente la Regione Toscana.

1.2. La dichiarata finalità dell'accesso era quella di verificare se l'esecuzione del contratto si stesse svolgendo nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta migliorativa presentata dall'aggiudicataria, poiché l'accertamento di eventuali inadempienze dell'appaltatore avrebbe determinato l'obbligo della pubblica amministrazione di procedere alla risoluzione del contratto e al conseguente affidamento del servizio alla stessa appellante, secondo le regole dello scorrimento della graduatoria di cui all'art. 140 del d. lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame.

1.3. L'istanza non si è richiamata espressamente ed esclusivamente alla disciplina dell'accesso documentale, prevista dalla l. n. 241 del 1990, o a quello dell'accesso civico generalizzato, introdotto dal d. lgs. n. 97 del 2016.

1.4. L'atto di diniego di accesso, opposto dalla pubblica amministrazione, è incentrato sulla motivazione per la quale «*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 la conseguente applicazione dei limiti, stabiliti dalla l. n. 241 del 1990, tra i quali connessi alla necessaria titolarità, in capo al richiedente l'accesso, di un interesse qualificato.

1.5. Secondo l'Azienda, Diddi s.r.l. non avrebbe dimostrato la concreta esistenza di una posizione qualificata, idonea a giustificare l'istanza di accesso.

1.6. In ogni caso, a parere dell'Azienda, l'istanza di accesso non può essere accolta nemmeno in base alla disciplina dell'accesso civico generalizzato, poiché tale normativa non trova applicazione nel settore dei contratti pubblici.

2. L'odierna appellante, come si è premesso (par. 1), ha impugnato ai sensi dell'art. 116 c.p.a. avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana il diniego di accesso, articolando due motivi, e ne ha chiesto l'annullamento.

- 2.1. Diddi s.r.l. ha dedotto in prime cure, con un primo motivo, l'illegittimità del diniego perché, a suo dire, essa aveva un interesse qualificato e concreto, ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, a conoscere eventuali inadempienze verificatesi nell'esecuzione dell'appalto.
- 2.2. Con un secondo motivo, poi, la ricorrente ha lamentato comunque l'erroneità del diniego opposto dall'Azienda anche con riferimento all'art. 5 del d. lgs. n. 33 del 2013 perché, secondo la sua tesi, con il nuovo accesso civico generalizzato avrebbe comunque diritto, *uti civi*, ad accedere ai documenti e ai dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni.
- 2.3. Nel primo grado del giudizio si sono costituite l'Azienda resistente, che ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, essendo essa priva della qualità di stazione appaltante, e comunque nel merito l'infondatezza della domanda di accesso proposta nonché S.N.C., controinteressata, che ha evidenziato come il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, con la sentenza n. 425 del 14 gennaio 2019, avesse già respinto il ricorso avverso il diniego opposto da Consip s.p.a. per l'accesso agli atti relativi alla fase di realizzazione della gara, ed ha comunque anch'essa concluso per l'infondatezza del ricorso.
- 2.4. Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, con la sentenza n. 577 del 17 aprile 2019, ha respinto il ricorso.
- 2.5. Secondo il primo giudice, infatti, l'istanza di Diddi s.r.l., per il modo in cui è formulata, si tradurrebbe in una indagine esplorativa tesa alla ricerca di una qualche condotta inadempiente dell'attuale aggiudicataria, di per sé inammissibile, non risultando da alcuna fonte di provenienza delle amministrazioni interessate né avendo la ricorrente altrimenti fornito alcun elemento o indicato concrete circostanze in tal senso.
- 2.6. Quanto alla controversa applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche alla materia dei contratti pubblici, poi, il primo giudice, nel dare atto di un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha ritenuto che debba trovarsi il necessario punto di equilibrio risultante dall'applicazione dell'art. 53 del d. lgs. 50 del 2016, che rinvia alla disciplina di cui agli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 e dell'art. 5-*bis*, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013.
- 2.7. Ne deriverebbe, a suo giudizio, una «*disciplina complessa*», risultante dall'applicazione dei diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello civico, che hanno un diverso ambito di operatività e un diverso grado di profondità.
- 2.8. In particolare, per quanto riguarda gli atti e i documenti della fase pubblicistica del procedimento, oltre all'accesso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche nonché per promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, mentre, per quanto attiene agli atti e ai documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale, l'accesso ordinario è consentito, ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nel caso di specie non sarebbero stati rispettati.
3. Avverso tale sentenza ha proposto Diddi s.r.l. che, nell'articolare due distinti motivi di censura rispettivamente incentrati sulla violazione, da parte del primo giudice, delle disposizioni della l. n. 241 del 1990 e di quelle dettate dal d. lgs. n. 33 del 2013, ha ribadito le tesi esposte nel ricorso di prime cure e ha affermato la propria legittimazione a chiedere sia l'accesso documentale che quello civico generalizzato, e ha chiesto così la riforma della sentenza, con il conseguente accoglimento del ricorso originario e l'ostensione dei documenti richiesti.
- 3.1. Si sono costituite l'Azienda appellata, che ha riproposto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva e nel merito ha contestato la legittimazione di Diddi s.r.l. a richiedere sia l'accesso procedimentale che quello generalizzato, e il C.N.S., che ha anche contestato la fondatezza del ricorso.
- 3.2. Con l'ordinanza n. 8501 del 16 dicembre 2019 la III Sezione di questo Consiglio di Stato, nel ravvisare un contrasto giurisprudenziale in ordine alle questioni oggetto del giudizio, ha rimesso a questa Adunanza plenaria tre quesiti:

a) 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 della 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 interpellato per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regole dello scorrimento della graduatoria;

b) 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;

c) se, in presenza di una 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, la pubblica 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 della 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; e 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.

3.3. Quanto al primo quesito, anzitutto, l'ordinanza di rimessione, nel valorizzare l'orientamento più recente della Corte di Giustizia UE, che ha ripetutamente sottolineato la rilevanza dell'interesse strumentale dell'operatore economico che aspira all'affidamento di un operatore pubblico, prospetta il dubbio che detto operatore, secondo classificato, non potrebbe essere assimilato al *quisque de populo*, ai fini dell'attivazione dell'istanza ostensiva, perché la sua posizione funge da presupposto attributivo di un "fascio" di situazioni giuridiche, di carattere oppositivo o sollecitatorio, finalizzate alla salvaguardia di un interesse tutt'altro che emulativo, in quanto radicato sulla valida, anche se non pienamente satisfattiva, partecipazione alla gara.

3.4. Quanto secondo quesito, la Sezione rimettente, nell'esporre le ragioni del contrasto tra l'orientamento, fatto proprio dalla stessa Sezione, incline a riconoscere l'applicazione dell'accesso civico generalizzato ai contratti pubblici e quello, seguito invece dalla V Sezione (v. in particolare, le sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2 agosto 2019), contrario a tale applicazione, suggerisce una soluzione che operi una *reductio ad unitatem* delle due discipline, quella dell'accesso documentale e quella dell'accesso civico generalizzato, negando comunque che l'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016 abbia inteso dettare una disciplina esaustiva ed esclusiva dell'accesso in questa materia, con la conseguente impossibilità di consentire l'accesso civico generalizzato agli atti di gara per via della preclusione assoluta di cui all'art. 5-*bis*, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013, e proponendo una lettura fondata sul rapporto di coordinamento-integrazione tra le suddette discipline.

3.5. Quanto al terzo quesito, infine, la Sezione rimettente, pur avendo premesso, correttamente, che l'istanza di accesso, proposta da Diddi s.r.l., non è stata univocamente formulata ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 e che la connoterebbe il solo fine ostensivo perseguito, ha domandato a questa Adunanza plenaria di chiarire se sia consentito al giudice di verificare la sussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso civico qualora il richiedente abbia speso una sua eventuale qualità differenziata e questa, tuttavia, non attinga i requisiti di legittimazione delineati dalla l. n. 241 del 1990, con particolare riguardo all'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, nella motivazione dell'atto negativo, si sia espressa in senso sfavorevole per il cittadino, anche in ordine al primo profilo.

3.6. Le parti, in vista dell'udienza pubblica del 19 febbraio 2020 fissata avanti a questa Adunanza, hanno depositato le loro memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

3.7. Il 18 febbraio 2020 è intervenuto *ad opponendum* nella presente fase del giudizio anche il Comune di Chiaramonte Gulfi (RG).

- 3.8. Nella pubblica udienza del 19 febbraio 2020 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, che hanno esposto le loro tesi, ha trattenuto la causa in decisione.
4. In via preliminare deve essere esaminata l'ammissibilità dell'intervento *ad opponendum* spiegato nella fase del giudizio avanti a questa Adunanza plenaria da parte del Comune di Chiaramonte Gulfi (RG).
- 4.1.1. Questo deduce di essere parte in un giudizio, pendente al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nel quale si controverte dell'accesso documentale richiesto dall'Impresa Ecologica Busso Sebastiano s.r.l. agli atti relativi all'esecuzione dell'appalto del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e speciali e dei servizi di igiene urbana nell'ambito di detto Comune, appalto aggiudicato a MECO GEST s.r.l.
- 4.1.2. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella camera di consiglio del 16 gennaio 2020, ha rinviato la trattazione della vicenda alla camera di consiglio dell'8 aprile 2020, in attesa della decisione di questa Adunanza plenaria sulla medesima questione di diritto.
- 4.1.3. Sulla base di questo presupposto il Comune interveniente assume di essere titolare di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si definisce la regola di diritto da applicare successivamente alla risoluzione della controversia di cui è parte.
- 4.1.4. Ad avviso del Comune, la funzione nomofilattica esercitata da questa Adunanza giustificerebbe l'intervento, nel giudizio che si celebra davanti ad essa, di tutti i soggetti interessati dalla risoluzione di analoghe controversie sulla medesima questione di diritto, non dissimilmente dall'intervento, ora ammesso dalle *Norme integrative per i giudizi* avanti alla Corte costituzionale adottate l'8 gennaio 2020, da parte di soggetti «*titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto delitto in giudizio*» (art. 4, comma 7) o, addirittura, da parte di «*formazioni sociali senza scopo di lucro*» e di «*soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità*» (art. 4-ter).
- 4.2. L'intervento volontario *ad opponendum* del Comune di Chiaramonte Gulfi, proposto ai sensi dell'art. 28, comma 2, c.p.a., è inammissibile.
- 4.2.1. Trovano infatti applicazione anche al caso di specie i principi affermati dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio e, in particolare, da questa stessa Adunanza plenaria nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016.
- 4.2.2. La domanda di intervento non è ascrivibile a nessuna delle figure tipicamente riconducibili all'istituto dell'intervento nel processo amministrativo, per come da ultimo disciplinato dall'articolo 28 c.p.a. nonché – per il grado di appello – dall'art. 97 c.p.a.
- 4.2.3. In particolare, come ha affermato questa Adunanza plenaria nella pronuncia n. 23 del 2016 sopra richiamata, non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire.
- 4.2.4. Osta al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettivo diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*.
- 4.2.5. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.
- 4.3. Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (v. *ex plurimis*, sul punto, Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 853; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2011, n. 4557).

4.4. Si tratta, come è del tutto evidente, di un presupposto che non ricorre nel caso in esame, pacifica essendo in tale ipotesi l'assoluta estraneità fra la posizione del Comune intervenitore e quella dell'odierna appellante, Diddi s.r.l.

4.5. Ed è appena il caso di ricordare, come ha già chiarito questa Adunanza nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016, che risulterebbe peraltro sistematicamente incongruo ammettere l'intervento volontario in ipotesi, come quella qui esaminata, che si risolverebbero nel demandare ad un giudice diverso da quello naturale (art. 25, comma primo, Cost.) il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio *ad quem*), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale, ove si pensi, solo a mo' di esempio, alla necessaria verifica che il giudice *ad quem* sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio *a quo*.

4.6. Non giova al Comune intervenitore richiamare le recenti *Norme integrative per i giudizi avanti alla Corte costituzionale*, adottate dalla stessa Corte l'8 gennaio 2020, poiché esse ammettono l'intervento di soggetti titolari di un interesse qualificato, che sia appunto inerente in modo diretto e immediato al concreto rapporto dedotto in giudizio e non semplicemente alle stesse o simili, astratte, questioni di diritto, o al più a tutti quei soggetti privati, senza scopo di lucro, portatori di interessi collettivi e diffusi, attinenti alla questione di costituzionalità, che rivestano il ruolo di c.d. *amici curiae*.

4.7. In nessuna di tali figure rientra, anche a volere ammettere per ipotesi la totale assimilazione delle regole vigenti per il giudizio incidentale di costituzionalità a quelle previste per il processo amministrativo, quella dell'odierno Comune intervenitore.

4.8. Ne discende l'inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* spiegato dal Comune di Chiamonte Gulfi.

5. Venendo all'esame delle questioni poste dall'ordinanza di rimessione, questa Adunanza plenaria ritiene che, per un più chiaro e corretto esame di queste secondo un rigoroso ordine di consecuzione logico-giuridica, sia imprescindibile anzitutto, sul piano processuale, inquadrare i fatti rilevanti ai fini del presente giudizio e quindi, anzitutto, individuare l'esatto oggetto, delimitato dall'originaria istanza di accesso, presentata il 6 novembre 2018 da Diddi s.r.l., e dal provvedimento di diniego, adottato il 2 gennaio 2019 dall'Azienda.

6. Diddi s.r.l., nel premettere che il suo intento è di «*vera collaborazione con le Amministrazioni*», si è rivolta all'Azienda con la propria istanza di accesso perché ha inteso verificare se l'esecuzione del servizio integrato di energia per le pubbliche amministrazioni, per il lotto 5, si svolga nel pieno rispetto di quanto richiesto dal capitolato tecnico, e in particolare di quelle concernenti lo *standard* qualitativo delle prestazioni, nonché di quanto offerto in sede di gara dall'a.t.i. guidata da C.N.S., risultata aggiudicataria del lotto n. 5, e attuale gestrice del servizio.

6.1 «*Eventuali inadempienze* – si legge nell'istanza, a p. 2 – *rispetto ai suddetti obblighi comporterebbero con ogni probabilità la risoluzione del contratto per inadempimento, ed il conseguente affidamento del servizio alla scrivente società, nella sua qualità di mandante dell'ATI seconda in graduatoria*», sicché ne conseguirebbe «*l'interesse della Diddi S.r.l. a sapere se in concreto il servizio viene attualmente svolto nel rispetto della disciplina di gara e dell'offerta ritenuta migliore*» e a tal fine «*si rende indispensabile concedere l'accesso alla relativa documentazione [...] che attesta (documentalmente) la corretta esecuzione delle prestazioni*».

6.2. L'istanza elenca poi, punto per punto, i singoli documenti richiesti per ogni previsione e/o prestazione del capitolato tecnico e si conclude con la richiesta, riassuntiva di accesso alla documentazione relativa al contratto, attestante l'esecuzione delle prestazioni promesse.

6.3. L'Azienda, con la nota prot. n. 340 del 2 gennaio 2019, anche in seguito all'opposizione manifestata da C.N.S., ha ritenuto di non poter accogliere l'istanza formulata in quanto:

a) Diddi s.r.l. non avrebbe alcun interesse diretto, specifico, concreto, ai sensi dell'art. 22, comma 2, della l. n. 241 del 1990, che giustifichi l'accesso documentale, che non è funzionale ad un controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione;

b) parimenti, anche ove Diddi s.r.l. avesse inteso esercitare con la sua istanza un accesso civico generalizzato, la materia dei contratti pubblici sarebbe sottratta all'applicabilità di tale forma di accesso per l'eccezione assoluta prevista dall'art. 5-*bis*, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013, il quale esclude tale forma di accesso laddove l'accesso sia subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti, nel caso di specie stabilite dall'art. 13 dell'abrogato d. lgs. n. 163 del 2006 e, ora, dall'art. 53 del vigente d. lgs. n. 50 del 2016.

6.4. Questi sono, in essenziale sintesi, i fatti salienti, che delimitano il *thema decidendum* del presente giudizio, promosso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. da Diddi s.r.l. per ottenere l'accesso alla documentazione richiesta.

6.5. Il provvedimento impugnato, a fronte di una istanza, come subito si vedrà, duplice o, per meglio dire, ancipite, oppone un diniego motivato con riferimento sia all'accesso documentale che a quello civico generalizzato.

7. La corretta delimitazione della questione controversa consente all'Adunanza di muovere all'esame delle questioni poste dall'ordinanza di rimessione, non senza però la preventiva disposizione delle stesse secondo il loro corretto ordine logico-giuridico.

7.1. La terza questione, posta dall'ordinanza, è logicamente antecedente alle altre, in quanto, se, per ipotesi, l'istanza sia stata richiesta e respinta solo per una specifica tipologia di accesso (procedimentale o civico generalizzato), il tema controverso dovrebbe essere limitato all'esistenza dei presupposti del solo accesso richiesto, giacché, come si vedrà, sarebbe precluso al giudice riconoscere o negare in sede giurisdizionale i presupposti dell'altro, se questi non siano stati nemmeno rappresentati in sede procedimentale *ab initio* dall'istante.

7.2. L'ordine delle questioni deve essere affrontato nel modo seguente:

a) se, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica 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 della l. n. 241 del 1990, sia comunque tenuta ad accogliere la richiesta, qualora sussistano le condizioni dell'accesso civico generalizzato, previste dal d. lgs. n. 33 del 2013, e 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.

b) 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 della 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 la regole dello scorrimento della graduatoria;

c) 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.

8. Così impostato l'*ordo quaestionum*, secondo la loro necessaria consecuzione logica, occorre anzitutto esaminare il terzo quesito, posto dall'ordinanza, divenuto primo.

8.1. L'istanza di accesso documentale ben può concorrere con quella di accesso civico generalizzato e la pretesa ostensiva può essere contestualmente formulata dal privato con riferimento tanto all'una che all'altra forma di accesso.

8.2. L'art. 5, comma 11, del d. lgs. n. 33 del 2013 ammette chiaramente il concorso tra le diverse forme di accesso, allorquando specifica che restano ferme, accanto all'accesso civico c.d. semplice (comma 1) e quello c.d. generalizzato (comma 2), anche «*le diverse forme di accesso degli interessati previste dal capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241*».

8.3. La giurisprudenza di questo Consiglio è consolidata e uniforme nell'ammettere il concorso degli accessi, al di là della specifica questione qui controversa circa la loro coesistenza in rapporto alla specifica materia dei contratti pubblici: «*nulla infatti, nell'ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso*» (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

8.4. Il solo riferimento dell'istanza ai soli presupposti dell'accesso documentale non preclude alla pubblica amministrazione di esaminare l'istanza anche sotto il profilo dell'accesso civico generalizzato, laddove l'istanza contenga sostanzialmente tutti gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente far valere e limitare il proprio interesse ostensivo solo all'uno o all'altro aspetto.

8.5. Se è vero che l'accesso documentale e quello civico generalizzato differiscono per finalità, requisiti e aspetti procedurali, infatti, la pubblica amministrazione, nel rispetto del contraddittorio con eventuali controinteressati, deve esaminare l'istanza nel suo complesso, nel suo "anelito ostensivo", evitando inutili formalismi e appesantimenti procedurali tali da condurre ad una defatigante duplicazione del suo esame.

8.6. Con riferimento al dato procedimentale, infatti, in materia di accesso opera il principio di stretta necessità, che si traduce nel principio del minor aggravio possibile nell'esercizio del diritto, con il divieto di vincolare l'accesso a rigide regole formali che ne ostacolano la soddisfazione.

8.7. La coesistenza dei due regimi e la possibilità di proporre entrambe le istanze, anche *uno actu*, è certo uno degli aspetti più critici dell'attuale disciplina perché, come ha bene messo in rilievo l'ANAC nelle *Linee guida* di cui alla delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 (par. 2.3, p. 7) – di qui in avanti, per brevità, *Linee guida* – l'accesso agli atti di cui alla l. n. 241 del 1990 continua certamente a sussistere, ma parallelamente all'accesso civico (generalizzato e non), operando sulla base di norme e presupposti diversi, e la proposizione contestuale di entrambi gli accessi, può comportare un «*evidente aggravio per l'amministrazione (del quale l'interprete non può che limitarsi a prendere atto)*, dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti» (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

9. Tenere ben distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi e tuttavia, come si è detto, le due fattispecie di accesso ben possono concorrere, senza reciproca esclusione, e completarsi, secondo quanto si chiarirà.

9.1. Il bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni.

9.2. L'ANAC ha osservato che i dinieghi di accesso agli atti e documenti di cui alla l. n. 241 del 1990, se motivati con esigenze di "riservatezza" pubblica o privata, devono essere considerati attentamente anche ai fini dell'accesso generalizzato, ove l'istanza relativa a quest'ultimo sia identica e presentata nel medesimo contesto temporale a quella dell'accesso di cui alla l. n. 241 del 1990, indipendentemente dal soggetto che l'ha proposta.

9.3. Con ciò essa ha inteso «dire, cioè, che laddove l'amministrazione, con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti».

9.4. Se questo è vero, non può nemmeno escludersi tuttavia, per converso, che un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, possa essere invece accolta *sub specie* di accesso civico generalizzato, come è nel caso presente, fermi restando i limiti di cui ai cennati commi 1 e 2 dell'art. 5-bis d. lgs. n. 33 del 2013, limiti che, come ha ricordato anche l'ordinanza di rimessione, sono certamente più ampi e oggetto di una valutazione a più alto tasso di discrezionalità (v. su questo punto, anche Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817).

9.5. Correttamente l'Azienda appellata, come del resto rileva l'ordinanza di rimessione, ha qualificato ed esaminato l'istanza di Diddi s.r.l. anche sotto il profilo dell'aspetto civico generalizzato, per quanto sia poi giunta ad escludere l'applicazione della relativa disciplina al caso di specie sulla base di argomenti non condivisibili.

9.6. A fronte di una istanza, come quella dell'odierna appellante, che non fa riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella dell'accesso civico generalizzato e non ha inteso ricondurre o limitare l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, ma si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza.

9.7. A tale conclusione non osta il fatto che l'istanza di accesso civico generalizzato non debba rappresentare l'esistenza di un interesse qualificato, a differenza di quella relativa all'accesso documentale, e che non debba essere nemmeno motivata, perché l'interesse e i motivi rappresentati, indistintamente ed eventualmente, al fine di sostenere l'esistenza di un interesse *uti singulus*, ai fini dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, ben possono essere considerati dalla pubblica amministrazione per valutare l'esistenza dei presupposti atti a riconoscere l'accesso generalizzato *uti civis*, quantomeno per il limitato profilo, di cui oltre si tratterà, del c.d. *public interest test*.

9.8. In questo senso si è espresso anche il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione nella Circolare n. 2 del 6 giugno 2017 sull'*Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA)* – di qui in avanti, per brevità, Circolare FOIA n. 2/2017 – laddove, nel valorizzare il criterio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo, ha chiarito al par. 2.2 che «dato che l'istituto dell'accesso generalizzato assicura una più ampia tutela all'interesse conoscitivo, qualora non sia specificato un diverso titolo giuridico della domanda (ad es. procedimentale, ambientale, ecc.), la stessa dovrà essere trattata dall'amministrazione come richiesta di accesso generalizzato».

10. Solo ove l'istante abbia inteso, espressamente e inequivocabilmente, limitare l'interesse ostensivo ad uno specifico profilo, quello documentale o quello civico, la pubblica amministrazione dovrà limitarsi ad esaminare quello specifico profilo, senza essere tenuta a pronunciarsi sui presupposti dell'altra forma di accesso, non richiesta dall'interessato.

10.1. Ma non è questo il caso in esame ove, a fronte di una istanza formulata in modo indistinto, duplice o, se si preferisce, «ancipite» nella quale Diddi s.r.l. sembra rappresentare ora un proprio interesse specifico, quale seconda classificata, e ora un più generale interesse collaborativo con la pubblica amministrazione nell'interesse pubblico, l'Azienda ha vagliato l'esistenza dei presupposti per consentire sia l'una che l'altra forma di accesso. Né si pongono problemi di garanzia del contraddittorio, in quanto l'Azienda ha interpellato la controinteressata C.N.S., che ha manifestato la sua opposizione all'istanza.

10.2. Il quesito posto dall'ordinanza di rimessione, dunque, non attiene propriamente al caso di specie, come del resto riconosce la stessa ordinanza, perché l'istanza di Diddi s.r.l. si presenta indistinta, ancipite, e una corretta applicazione del principio di tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo nella sua più ampia estensione, oltre

che di non aggravamento procedimentale, ha indotto l'Azienda ad esaminare l'istanza sotto il duplice profilo e a dare una risposta "onnicomprendensiva" per quanto, lo si è detto, non satisfattiva sul piano sostanziale per Diddi s.r.l.

10.3. La reiezione dell'istanza sotto il duplice profilo dell'accesso documentale e di quello civico generalizzato individua correttamente il *thema decidendum* del presente giudizio, proposto ai sensi dell'art. 116 c.p.a., sicché non si pone alcun problema di conversione o di pronuncia *ultra petita* da parte del giudice nella presente controversia.

11. Il quesito posto dall'ordinanza pone tuttavia una questione di interesse generale, al di là della specifica vicenda, che questa Adunanza plenaria ritiene di esaminare, anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a.

11.1. Al riguardo, deve ritenersi che, in presenza di una istanza di accesso ai documenti espressamente motivata con esclusivo riferimento alla disciplina generale della l. n. 241 del 1990, o ai suoi elementi sostanziali, la pubblica 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, comma 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990, non può esaminare la richiesta di accesso civico generalizzato, a meno che non sia accertato che l'interessato abbia inteso richiedere, al di là del mero riferimento alla l. n. 241 del 1990, anche l'accesso civico generalizzato e non abbia inteso limitare il proprio interesse ostensivo al solo accesso documentale, *uti singulus*.

11.2. Diversamente, infatti, la pubblica amministrazione si pronuncerebbe, con una sorta di diniego difensivo "in prevenzione", su una istanza, quella di accesso civico generalizzato, mai proposta, nemmeno in forma, per così dire, implicita e/o congiunta o, comunque, ancipite dall'interessato, che si è limitato a richiedere l'accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990.

11.3. Ne discende che al giudice amministrativo, 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, è precluso di accertare la sussistenza del diritto del richiedente secondo i più ampi parametri di legittimazione attiva stabiliti dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato, stante l'impossibilità di convertire, in sede di ricorso giurisdizionale, il titolo dell'accesso eventualmente rappresentato all'amministrazione sotto l'uno o l'altro profilo.

11.4. Deve trovare in questo senso conferma l'orientamento, già espresso da questo Consiglio di Stato, secondo cui è preclusa la possibilità di immutare, anche in corso di causa, il titolo della formalizzata *actio ad exhibendum*, pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di introduzione di *ius novum* (cfr. Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1406; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

11.5. In altri termini, *electa una via* in sede procedimentale, alla parte è preclusa la conversione dell'istanza da un modello all'altro, che non può essere né imposta alla pubblica amministrazione né ammessa – ancorché su impulso del privato – in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale, ferma restando però, come si è già rilevato, la possibilità di strutturare in termini alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva in sede procedimentale.

11.6. Nemmeno ad opera o a favore del privato può realizzarsi, insomma, quell'inversione tra procedimento e processo che si verifica quando nel processo vengono introdotte pretese o ragioni mai prima esposte, come era doveroso, in sede procedimentale.

11.7. Se è vero che il rapporto tra le diverse forme di accesso, generali e anche speciali, deve essere letto secondo un criterio di integrazione e non secondo una logica di irriducibile separazione, per la miglior soddisfazione dell'interesse conoscitivo, è d'altro lato innegabile che questo interesse conoscitivo nella sua integralità e multiformità deve essere stato fatto valere e rappresentato, anzitutto, in sede procedimentale dal diretto interessato e valutato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere, non potendo il giudice pronunciarsi su un potere non ancora esercitato, stante il divieto dell'art. 34, comma 2, c.p.a., per non essere stato nemmeno sollecitato dall'istante.

11.8. È vero che il giudizio in materia di accesso, pur seguendo lo schema impugnatorio, non ha sostanzialmente natura impugnatoria, ma è rivolto all'accertamento della 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, del d. lgs. n. 104 del 2010, secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, *«ordina l'esibizione dei documenti richiesti»* (v., per la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio sul punto anche *ante colicem*, Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2002, n. 2542 e, più di recente, Cons. St., sez. V, 19 giugno 2018, n. 3956).

11.9. Ma il c.d. giudizio sul rapporto, pur in sede di giurisdizione esclusiva, non può essere la ragione né la sede per esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo.

12. Il secondo quesito posto a questa Adunanza plenaria consiste nel chiarire 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 diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b), della 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 interpellato per il nuovo affidamento del contratto, secondo la regola dello scorrimento della graduatoria.

12.1. Diversamente da quanto ha ritenuto il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana nella sentenza qui impugnata, e nel condividere, invece, le osservazioni espresse dall'ordinanza di remissione, questa Adunanza plenaria ritiene che gli operatori economici, che abbiano preso parte alla gara, sono legittimati ad accedere agli atti della fase esecutiva, con le limitazioni di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, purché abbiano un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti.

12.2. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è univoca nell'ammettere l'accesso documentale, ricorrendone le condizioni previste dagli artt. 22 e ss. dell'art. 241 del 1990, anche agli atti della fase esecutiva (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115) laddove funzionale, ad esempio, a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio.

12.3. L'accesso documentale agli atti della fase esecutiva è ammesso espressamente dallo stesso art. 53, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove esso rimette alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, *«il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici»*, ma anche e più in generale dalla l. n. 241 del 1990, richiamata dall'art. 53 testé citato.

12.4. Questa, dopo la riforma della l. n. 15 del 2015 che ha recepito l'orientamento consolidato di questa stessa Adunanza plenaria (v., sul punto, la fondamentale pronuncia di questo Cons. St., Ad. plen., 22 aprile 1999, n. 5, secondo cui *«l'amministrazione non può [...] negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica»*, ma in tal senso v. già Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 42), ha espressamente riconosciuto l'accesso ad atti *«concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale»* (art. 22, comma 1, lett. e) della l. n. 241 del 1990).

12.5. Non rileva, pertanto, che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio; e lo stesso accesso documentale, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce, come prevede l'art. 22, comma 2, della l. n. 241 del 1990, siccome sostituito dall'art. 10 della l. n. 69 del 2009, *«principio*

12.6. Esiste, in altri termini, una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile – applicabili *per quanto non espressamente previsto dal presente codice e negli atti attuativi*: art. 30, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016) – e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100-113-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016), sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello svolgimento del rapporto negoziale.

12.7. Sotto tale ultimo profilo, basti menzionare, tra gli altri, le funzioni di vigilanza attribuite all'ANAC dall'art. 213, comma 3, lett. b) e c), del d. lgs. n. 50 del 2016 in materia di esecuzione dei contratti pubblici, o i controlli antimafia da parte del prefetto, con gli effetti interdittivi di cui all'art. 88, comma 4-*bis*, del d. lgs. n. 159 del 2011.

12.8. Sotto il profilo degli interessi pubblici sottesi alla fase dell'esecuzione del rapporto, vanno richiamati il principio di trasparenza e quello di concorrenza.

12.9. La trasparenza, nella forma della pubblicazione degli atti (c.d. *disclosure* proattiva), è espressamente disciplinata dall'art. 29 del d. lgs. n. 50 del 2016; alla disciplina dell'accesso agli atti è dedicato l'art. 53 dello stesso codice dei contratti pubblici, che tuttavia rinvia, in generale, alla disciplina della l. n. 241 del 1990, salvi gli specifici limiti all'accesso e alla divulgazione previsti dal comma 2 al comma 6 dello stesso art. 53.

13. Ma a esigenze di trasparenza, che sorregge il correlativo diritto alla conoscenza degli atti anche nella fase di esecuzione del contratto, conducono anche il principio di concorrenza e il tradizionale principio dell'evidenza pubblica che mira alla scelta del miglior concorrente, principio che non può non ricomprendere la realizzazione corretta dell'opera affidata in esecuzione all'esito della gara.

13.1. È vero che il codice dei contratti pubblici, pur nell'esigenza che l'esecuzione dell'appalto garantisca la qualità delle prestazioni, menziona i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza solo in riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di appalti e di concessioni, ma non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza.

13.2. L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione.

13.3. Il delineato quadro normativo e di principi rende ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimamente o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115), ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con *chance* di aggiudicarcela.

13.4. La persistenza di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto, idoneo a sorreggere situazioni sostanziali e strumentali di altri soggetti privati, *in primis* il diritto a una corretta informazione sulle vicende contrattuali, è dimostrato, sul piano positivo, da una serie di disposizioni che si vengono a richiamare.

13.5. Vanno anzitutto ricordate, a monte del costituendo rapporto, le regole del codice dei contratti pubblici che prevedono in generale i controlli di legittimità sull'aggiudicatario previsti dalle disposizioni proprie delle stazioni appaltanti, il cui esito positivo costituisce condizione sospensiva del contratto insieme con l'approvazione del contratto stesso (artt. 32, comma 12, e 33, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016).

13.6. Nel corso del rapporto, poi, rilevano le molteplici, complesse, ipotesi di *recesso facoltativo* da parte della stazione appaltante, che configurano, in realtà, altrettante ipotesi di *autotutela pubblicistica*, frutto di valutazione *discrezionale* e riconducibili al generale paradigma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 (v., sul punto, Cons. St., comm. spec., 28 novembre 2016, n. 2777, par. 5.6.-5.6.1.).

13.7. Ci si riferisce in particolare, tra le ipotesi che consentono il recesso facoltativo –contemplate, rispettivamente per i contratti e le concessioni, dall'art. 108, comma 1, e dall'art. 176, commi 1 e 2, del codice – alle eventuali modifiche sostanziali del contratto, che avrebbero richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'art. 106 (art. 108, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016); al manifestarsi di una delle cause di esclusione dalla gara, previste dall'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, al momento dell'aggiudicazione; alla violazione di gravi obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

13.8. Vi sono poi specifiche ipotesi di risoluzione di natura privatistica ammesse dal codice dei contratti pubblici, oltre a quelle previste in via generale dal codice civile, per gravi inadempimenti da parte dell'appaltatore, tali da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, accertate dal direttore dei lavori o dal responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato (art. 108, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016) o comunque, anche al di fuori delle ipotesi di grave inadempimento, ipotesi di ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto (art. 108, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016).

13.9. E deve qui ricordarsi, peraltro, che i gravi e persistenti inadempimenti dell'operatore economico nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto o di concessione, che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, costituiscono, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, causa di esclusione dalla gara e tali circostanze assumono particolare rilievo ai fini della partecipazione alla gara.

13.10. Ancora, più radicalmente, peraltro, la rilevanza della vicenda contrattuale anche nella fase di esecuzione è confermata dalle ipotesi di *recesso obbligatorio* dal rapporto contrattuale, previste dall'art. 110, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, che in realtà configurano forme di *autotutela pubblicistica c.d. doverosa* (con la conseguente, pacifica, giurisdizione del giudice amministrativo: Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2212), per l'intervenuta decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci o per il sopraggiungere di un provvedimento definitivo, che dispone l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste dal d. lgs. n. 159 del 2011, con effetto interdittivo antimafia; o per l'intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per uno dei reati di cui all'art. 80 (art. 108, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016); o, ancora, per il recesso di cui all'art. 88, comma 4-ter, del d. lgs. n. 159 del 2011, in seguito a comunicazione o informazione antimafia adottata dal Prefetto (art. 110, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016).

13.11. In tutte queste ipotesi l'art. 110, comma 1, del vigente d. lgs. n. 50 del 2016 prevede che la stazione appaltante, se intende mantenere l'affidamento alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta, proceda allo scorrimento della graduatoria, esercitando quella che pur sempre, nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, è rimasta anche nel nuovo codice dei contratti pubblici una facoltà discrezionale della pubblica amministrazione, come è reso manifesto dalla lettera dell'art. 108, comma 8, del medesimo d. lgs. n. 50 del 2016, laddove menziona «la facoltà prevista dall'art. 110, comma 1».

14. La circostanza che tuttavia la stazione appaltante, al ricorrere delle ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, abbia la mera facoltà di procedere allo scorrimento della graduatoria, con il subentro del secondo classificato o dei successivi secondo l'ordine della stessa, o di indire una nuova gara per il

soddisfacimento delle proprie esigenze, laddove permangano immutate – e salva, ovviamente, l’eccezionale facoltà di revocare l’intera procedura gara stessa, se queste esigenze siano addirittura venute meno, e di non bandirne più nessuna – non rende tuttavia evanescente l’interesse dell’operatore economico, che abbia partecipato alla gara, quantomeno meno a conoscere illegittimità, afferenti alla pregressa fase pubblicistica ma emersi solo in sede di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso pubblicistico o, più precisamente, forme di annullamento in autotutela, discrezionale o doverosa, secondo le ipotesi sopra ricordate in via esemplificativa), o comunque inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso privatistico).

14.1. L’esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata infatti anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto dell’Unione, non è una “terra di nessuno”, un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara.

14.2. L’interesse legittimo degli operatori economici nel settore dei rapporti contrattuali e concessori pubblici ha assunto ormai una configurazione di ordine anche solo strumentale, certo inedita nella sua estensione, ma di sicuro impatto sistematico.

14.3. Ciò si desume non solo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE – che, come è noto, propugna una (sin troppo ampia) concessione dell’interesse strumentale in materia di gara (sentenza della X sezione, 5 settembre 2019, in C-333/18) – ma dalla stessa giurisprudenza di questa Adunanza plenaria (sentenza n. 6 dell’11 maggio 2018) la quale ha ben chiarito che il legislatore può conferire rilievo a determinati interessi strumentali, che assurgono al rango di situazioni giuridiche soggettive giuridicamente tutelate in via autonoma rispetto al bene della vita finale, ancorché ad esso legati.

14.4. Anche la Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019 – respingendo le questioni di costituzionalità sollevate da diversi Tribunali amministrativi regionali sul comma 2-bis dell’art. 120 c.p.a., ora abrogato in seguito all’intervento del d.l. n. 32 del 2019, conv. in l. n. 55 del 2019 – ha chiarito che «*se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l’interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l’interesse finale e non si tratti di un expediente per garantire la legalità in sé dell’azione amministrativa, anche al costo di alterare l’equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo*».

14.5. La latitudine di questo interesse legittimo “strumentale” non solo all’aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l’eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio, secondo quel “polimorfismo” del bene della vita alla quale tende per graduali passaggi l’interesse legittimo, schiude la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall’angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto, fermo pur sempre il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa in questa materia.

14.6. Applicando le medesime coordinate anche alla fase privatistica del contratto pubblico, il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato quantomeno ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l’esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara (si pensi ad una impresa colpita da informazione antimafia), a conoscere gli atti della fase esecutiva non configura quindi una “iperestensione” del loro interesse, con conseguente allargamento “a valle” della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la

realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un "solido collegamento" con il bene finale.

14.7. L'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità, in altri termini, in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicitaria, facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (c.d. risoluzione privatistica), sì che emerga una distorsione di tutte quelle regole concorrenziali che avevano condotto all'aggiudicazione della gara in favore del miglior concorrente per la miglior soddisfazione dell'interesse pubblico.

15. Tanto chiarito sulla sussistenza di un interesse, e sulla conseguente legittimazione che deriva dalla titolarità dello stesso, alla conoscenza dello svolgimento del rapporto contrattuale, occorre però, ai fini dell'accesso, che l'interesse dell'istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, che preesista all'istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza; in altri termini, che l'esistenza di detto interesse – per il verificarsi, ad esempio, di una delle situazioni che legittimerebbe o addirittura imporrebbe la risoluzione del rapporto con l'appaltatore, ai sensi dell'art. 108, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, e potrebbero indurre l'amministrazione a scorrere la graduatoria – sia anteriore all'istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a "costruire" *ad hoc*, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga *ex post*.

15.1. Diversamente, infatti, l'accesso documentale assolverebbe ad una finalità, espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull'attività, pubblicitaria o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4, della l. n. 241 del 1990).

15.2. Invero, la situazione dell'operatore economico che abbia partecipato alla gara, collocandosi in graduatoria, non gli conferisce infatti, nemmeno ai fini dell'accesso, una sorta di superlegittimazione di stampo popolare a conoscere gli atti della fase esecutiva, laddove egli non possa vantare un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al cui accesso aspira (art. 22, comma 1, lett. b), della l. n. 241 del 1990).

15.3. Se l'accesso documentale soddisfa, come questo Consiglio ha rilevato nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 della Sezione consultiva per gli atti normativi (v., in particolare, par. 11.2), un bisogno di conoscenza (c.d. *need to know*) strumentale alla difesa di una situazione giuridica, che peraltro non necessariamente deve sfociare in un esito contenzioso (essendo la situazione legittimante all'accesso autonoma e distinta da quella legittimante all'impugnativa giudiziale e dall'esito stesso di questa impugnativa: v. Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3956, già citata), questa situazione giuridica deve necessariamente precedere e, per di più, motivare l'accesso stesso.

15.4. Né giova opporre che l'accesso documentale è proprio finalizzato a fornire la prova di questo riattualizzato interesse, come sembra postulare l'ordinanza di rimessione nel suggerire un'assimilazione tra la posizione di Diddi s.r.l. e quella del concorrente che aspiri a conoscere i documenti dell'offerta dell'aggiudicataria, perché altro è il bisogno di conoscere per tutelare un interesse collegato ad una situazione competitiva già esistente o chiaramente delineatasi, laddove il principio di concorrenza già opera in fase di gara e al fine eventuale di impugnare il provvedimento di aggiudicazione, e altro, evidentemente, il desiderio di conoscere per sapere se questa situazione possa crearsi per l'occasione, del tutto eventuale, di un inadempimento contrattuale.

15.5. E proprio nella distanza che intercorre tra bisogno di conoscenza e desiderio di conoscenza sta del resto il tratto distintivo che, al di là di ulteriori aspetti, connota l'accesso documentale rispetto a quello civico generalizzato, nel quale la conoscenza si atteggia quale diritto fondamentale (c.d. *right to know*), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto.

16. Alla luce delle premesse sin qui svolte, nel caso di specie deve però negarsi un interesse anche solo strumentale, nel senso sopra descritto, alla conoscenza di tali atti in capo a Diddi s.r.l., che nemmeno ha adombrato nella propria istanza, come pure ha rammentato l'ordinanza di rimessione, l'esistenza di un qualsivoglia inadempimento, essendosi limitata ad allegare, nella stessa istanza, che «*eventuali inadempienze rispetto ai suddetti obblighi comporterebbero con ogni probabilità la risoluzione del contratto per inadempimento, ed il conseguente affidamento del servizio alla scrivente società, nella sua qualità di mandante dell'ATI seconda in graduatoria*».

16.1. Una volta chiarito che la posizione sostanziale è la causa e il presupposto dell'accesso documentale e non la sua conseguenza e che la sua esistenza non può quindi essere costruita sulle risultanze, eventuali, dell'accesso documentale, va rilevato, per contro, che, nel caso di specie, l'istanza di accesso è tesa all'acquisizione di documenti che non impediscono od ostacolano il soddisfacimento di una situazione sostanziale, già delineata chiaramente, ed è volta a invocare circostanze, da verificare tramite l'accesso, che in un modo del tutto eventuale, ipotetico, dubitativo potrebbero condurre al subentro nel contratto, nemmeno delineando una seria prospettiva di risoluzione del rapporto, sempre necessaria per radicare un interesse concreto e attuale (Cons. St., sez. V, 11 giugno 2012, n. 3398).

16.2. Si rivela, così, nella fattispecie in esame, un'istanza di accesso con finalità meramente esplorativa, finalizzata ad acclarare se un inadempimento vi sia, che presupporrebbe, in capo agli altri operatori economici, un inammissibile ruolo di vigilanza sulla regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali e sull'adempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'aggiudicatario.

16.3. Si avrebbe così una sorta di interesse oggettivo, seppure ai fini dell'accesso, che non può essere accolta pur tenendo conto, come si è detto, della lettura che di questo interesse offrono, in quel dialogo incessante che costituisce l'osmosi tra il diritto interno e quello europeo, le Corti nazionali e quelle sovranazionali.

16.4. La configurazione di un interesse strumentale così amplificato e dilatato anche in fase esecutiva conferirebbe alle imprese del settore, partecipanti alla gara, una superlegittimazione che, come meglio si chiarirà, le direttive del 2014 in materia di appalti non consentono loro, pur riconoscendo, invece, la facoltà di segnalare eventuali irregolarità, anche nella fase esecutiva, ad un'apposita autorità nazionale (nel caso di specie, come meglio si chiarirà più avanti, l'ANAC).

16.5. Per contro, questa Adunanza plenaria, proprio con riguardo all'accesso documentale, ha precisato che essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata non è una condizione sufficiente perché l'interesse rivendicato possa considerarsi «*diretto, concreto e attuale*», poiché è anche necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale, impedendone o ostacolandone il soddisfacimento (Cons. St., Ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7).

17. Escluso che, almeno nel caso di specie, sia applicabile l'accesso documentale di cui alla l. n. 241 del 1990, occorre esaminare ora conseguentemente l'ultimo quesito, posto dall'ordinanza di rimessione, e cioè 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 d. lgs. n. 33 del 2013.

18.1. L'art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013, introdotto dall'art. 6 del d. lgs. n. 97 del 2016, prevede testualmente che il diritto di accesso civico generalizzato, di cui all'art. 5, comma 2, del medesimo d. lgs. n. 33 del 2013, «*è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990*».

18.2. L'art. 53, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede, a sua volta, che «*il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*».

18.3. Come ben ha rammentato l'ordinanza di rimessione, che ha offerto un esaustivo quadro del dibattito giurisprudenziale, sulla possibilità di ammettere l'accesso civico generalizzato la giurisprudenza stessa di questo Consiglio di Stato, non meno di quella di primo grado, si è attestata su due posizioni, contrastanti, che fanno capo, rispettivamente, alla sentenza della sez. III, 5 giugno 2019, n. 3780 e alle sentenze gemelle della sez. V, 2 agosto 2019, n. 5502 e n. 5503.

19. Giova ripercorre in sintesi le posizioni e gli argomenti del contrasto.

20. Secondo l'orientamento espresso dalla sentenza n. 3780 del 5 giugno 2019 (condiviso, anche nella giurisprudenza di primo grado, da numerose pronunce), il richiamo dell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui rinvia agli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, non può condurre alla generale esclusione dell'accesso civico generalizzato in relazione ai contratti pubblici perché il richiamo a specifiche condizioni, modalità e limiti si riferisce a determinati casi in cui, per una materia altrimenti ricompresa per intero nella possibilità di accesso, norme speciali o l'art. 24, comma 1, della l. n. 241 del 1990 possono prevedere specifiche restrizioni.

20.1. Ciò non implicherebbe, però, che intere materie siano sottratte all'accesso civico generalizzato, se è vero che l'ambito delle materie sottratte deve essere definito senza possibilità di estensione o analogia interpretativa, dovendosi distinguere, nell'ambito delle eccezioni assolute previste dall'art. 5-*bis*, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016, tra materie sottratte interamente e singoli casi sottratti nell'ambito di materie altrimenti aperte all'accesso generalizzato. Mentre il riferimento alla disciplina degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990 costituirebbe il mero frutto di un mancato coordinamento del legislatore tra le due normative.

20.2. La III sezione di questo Consiglio di Stato ha perciò rifiutato una interpretazione, definita "statica" e non costituzionalmente orientata, che condurrebbe a precludere l'accesso civico generalizzato ogniqualvolta una norma di legge richiami la disciplina dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990; e sostiene che, al contrario, occorre privilegiare una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. e valorizzare l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico generalizzato, non limitabile da norme preesistenti e non coordinate con il nuovo istituto, ma soltanto dalle prescrizioni speciali, da interpretare restrittivamente, rinvenibili all'interno della disciplina di riferimento.

20.3. Sul piano ordinamentale, richiamando le osservazioni svolte nel parere n. 515 del 24 febbraio 2016 di questo Consiglio, la III sezione ha sottolineato il fondamentale valore della trasparenza, perseguito dal riconoscimento dell'accesso civico generalizzato anche in questa materia, come strumento fondamentale di prevenzione e contrasto alla corruzione, anche secondo la chiara posizione assunta dalla Commissione europea, la quale ha sottolineato la necessità che l'ordinamento italiano promuova la trasparenza dei processi decisionali in ogni ambito e, particolarmente, nel settore delle pubbliche gare, prima e dopo l'aggiudicazione.

21. Un diverso orientamento, come si è accennato, ha seguito invece la V sezione di questo Consiglio di Stato, insieme con numerose altre pronunce dei giudici di primo grado.

21.1. Anzitutto, sul piano della interpretazione letterale, questo secondo orientamento ritiene che l'eccezione assoluta, contemplata nell'art. 5-*bis*, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2016, ben possa essere riferita a tutte le ipotesi in cui vi sia una disciplina vigente che regoli specificamente il diritto di accesso, in riferimento a determinati ambiti o materie o situazioni, e che l'eccezione non riguardi quindi soltanto le ipotesi in cui la disciplina vigente abbia quale suo unico contenuto un divieto assoluto o relativo di pubblicazione o di divulgazione «*se non altro perché tale ipotesi è separatamente contemplata nella medesima disposizione*» (Cons. St., sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503).

21.2. Si tratterebbe, insomma, di effettuare un coordinamento volta per volta, verificando se la disciplina settoriale, da prendere prioritariamente in considerazione in ossequio al principio di specialità, consenta la reciproca integrazione ovvero assuma portata derogatoria.

21.3. Nella materia dei contratti pubblici, tuttavia, la prevalenza della disciplina speciale sarebbe data dalla sua autosufficienza, anche nel soddisfare le esigenze di trasparenza nel necessario bilanciamento con altri contrapposti interessi, di ordine pubblico e privato, dacché «*questa disciplina attua specifiche direttive europee di settore che, tra*

l'altro, si preoccupano già di assicurare la trasparenza e la pubblicità negli affidamenti pubblici, nel rispetto di altri principi di rilevanza euromunitaria, in primo luogo il principio di concorrenza, oltre che di economicità, efficacia ed imparzialità», sicché, in tale contesto, la qualificazione del soggetto richiedente l'accesso, al fine di vagliare la meritevolezza della pretesa di accesso individuale, sarebbe ampiamente giustificata.

21.4. Per di più, avuto riguardo allo specifico contesto ordinamentale, il perseguimento delle finalità di trasparenza, proprie dell'accesso civico generalizzato, sarebbe garantito, da un lato, dal ruolo di vigilanza e controllo sui contratti pubblici svolto dall'ANAC e, dall'altro, dall'accesso civico c.d. semplice, previsto dagli artt. 3 e 5, comma 1, del d. lgs. n. 33 del 2013, dato che molto ampia sarebbe la portata dell'obbligo previsto dalla normativa vigente, in capo alle pubbliche amministrazioni, di pubblicare documenti, informazioni o dati riguardanti proprio i contratti pubblici.

21.5. La soluzione seguita dalla V sezione, quanto ai valori e agli interessi in conflitto, conduce alla conseguenza di escludere qualsivoglia rilevanza diretta al limite relativo, di cui all'art. 5-bis, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 33 del 2013 (*«gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali»*) e sottolinea al riguardo che, diversamente ritenendo:

a) l'amministrazione che detiene i documenti per i quali è chiesto l'accesso dovrebbe tenere conto, caso per caso, delle ragioni di opposizione degli operatori economici coinvolti, con prevedibile soccombenza, nella maggioranza dei casi, dello stesso principio di trasparenza, che si intende in astratto tutelare, poiché maggiori sono i limiti che si oppongono all'accesso civico generalizzato;

b) notevole sarebbe l'incremento dei costi di gestione del procedimento di accesso da parte delle singole pubbliche amministrazioni coinvolte, del quale si è fatto carico l'interprete, ma che, in una prospettiva di diffusa applicazione dell'accesso civico generalizzato a tutti gli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, necessiterebbe di una apposita disposizione di legge;

c) l'ammissione dell'accesso generalizzato finirebbe per privare di senso il richiamo dell'art. 53, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 all'art. 22 della l. n. 241 del 1990 e, comunque, farebbe sì che esso si prestasse alla soddisfazione di interessi economici e commerciali del singolo operatore, nell'intento di superare i limiti interni dei rimedi specificamente posti dall'ordinamento a tutela di tali interessi ove compromessi dalla conduzione delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

21.6. L'orientamento appena esaminato perviene così alla conclusione che la legge propenda per l'esclusione assoluta della disciplina dell'accesso civico generalizzato in riferimento agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

21.7. Tale esclusione conseguirebbe «non ad incompatibilità morfologica o funzionale, ma al delineato rapporto positivo tra norme, che non è compito dell'interprete variamente atteggiare, richiedendosi allo scopo, per l'incidenza in uno specifico ambito di normazione speciale, un intervento esplicito del legislatore».

22. Questa Adunanza plenaria ritiene che l'accesso civico generalizzato debba trovare applicazione, per le ragioni che si esporranno, anche alla materia dei contratti pubblici.

22.1. Come è stato esattamente osservato, l'accesso civico generalizzato introdotto nel corpus normativo del d. lgs. n. 33 del 2013 dal d. lgs. n. 97 del 2016, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7 della l. n. 124 del 2015, come diritto di «chiunque», non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, 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).

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

22.3. Nell'accesso documentale ordinario, "classico", si è dunque al cospetto di un accesso strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale è l'interesse pubblico alla trasparenza ad essere, come taluno ha osservato, "occasionalmente protetto" per il c.d. *need to know*, per il bisogno di conoscere, in capo al richiedente, strumentale ad una situazione giuridica pregressa. Per converso, nell'accesso civico generalizzato si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. *right to know*, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

22.4. Nel sopra citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016 questo Consiglio di Stato, fornendo indicazioni sulle modifiche normative da introdurre nel d. lgs. n. 33 del 2013, ha evidenziato nel par. 11.2 che «il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (from need to know, nella definizione inglese 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"».

22.5. Anche nel nostro ordinamento l'evoluzione della visibilità del potere, con la conseguente accessibilità generalizzata dei suoi atti sul modello del FOIA, è la storia del lento cammino verso la democrazia e, con il progressivo superamento degli *arvane imperi* di taciturna memoria, garantisce la necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica (Corte cost., 7 maggio 2002, n. 155).

22.6. Il principio di trasparenza, che si esprime anche nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto, se è vero che la democrazia, secondo una celebre formula ricordata dallo stesso parere n. 515 del 24 febbraio 2016, è il governo del potere pubblico in pubblico, ma costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione.

22.7. La stessa Corte costituzionale, ancor di recente (sent. n. 20 del 21 febbraio 2019), ha rimarcato che il diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, sul modello del c.d. FOIA (*Freedom of information act*), risponde a principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti dalla vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento della pubblica amministrazione (v. anche sentt. n. 69 e n. 177 del 2018 nonché sent. n. 212 del 2017).

22.8. La stessa impostazione si rinviene ormai anche nel consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato non solo in sede consultiva, come nel più volte citato parere n. 515 del 2016, ma anche in sede giurisdizionale, laddove numerose pronunce rimarcano che il nuovo accesso civico risponde pienamente ai principi del nostro ordinamento nazionale di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa e di partecipazione diffusa dei cittadini alla gestione della "cosa pubblica", ai sensi degli artt. 1 e 2 Cost., nonché, ovviamente, dell'art. 97 Cost., secondo il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. (Cons. St., sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546)).

23. Il FOIA si fonda sul riconoscimento del c.d. "diritto di conoscere" (*right to know*) alla stregua di un diritto fondamentale, al pari di molti altri ordinamenti europei ed extraeuropei, come del resto si evince espressamente 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..

23.1. Non solo, peraltro, l'accesso civico generalizzato, nel quale la trasparenza si declina come "*accessibilità totale*" (Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20), è un diritto fondamentale, in sé, ma contribuisce, nell'ottica del legislatore (v., infatti, art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013), al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.

23.2. Bene si è osservato che il diritto di accesso civico è precondizione, in questo senso, per l'esercizio di ogni altro diritto fondamentale nel nostro ordinamento perché solo conoscere consente di determinarsi, in una visione nuova del rapporto tra potere e cittadino che, improntata ad un aperto e, perciò stesso, dialettico confronto tra l'interesse pubblico e quello privato, fuoriesce dalla logica binaria e conflittuale autorità/libertà.

23.3. Come questo Consiglio di Stato ha già rilevato nel più volte citato parere n. 515 del 24 febbraio 2016, la trasparenza si pone non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, «*destinata sempre più ad assumere i contorni di una "casa di vetro", nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri*».

23.4. La luce della trasparenza feconda il seme della conoscenza tra i cittadini e concorre, da un lato, al buon funzionamento della pubblica amministrazione ma, dall'altro, anche al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, se è vero che organizzazione amministrativa e diritti fondamentali sono strettamente interrelati, come questo Consiglio di Stato ha già affermato (v. *ex plurimis*, Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7 nonché Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460), sulla scorta dell'insegnamento secondo cui «*non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione*» (Corte cost., 27 novembre 1998, n. 383).

23.5. La natura fondamentale del diritto di accesso civico generalizzato, oltre che essere evincibile dagli artt. 1, 2, 97 e 117 Cost e riconosciuta dall'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per gli atti delle istituzioni europee, deve però collocarsi anche in una prospettiva convenzionale europea, laddove essa rinviene un sicuro fondamento nell'art. 10 CEDU, come hanno rilevato le citate *Linee guida* dell'ANAC, nel par. 2.1, e le Circolari FOIA n. 2/2017 (par. 2.1) e n. 1/2019 (par. 3).

23.6. L'art. 10 CEDU sancisce, al comma 1, che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione e che tale diritto include «*la libertà di ricevere [...] informazioni [...] senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche*», mentre il successivo comma 2 stabilisce che l'esercizio delle libertà garantite «*può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica*» alla tutela di una serie di interessi, pubblici e privati, pressoché corrispondenti alle eccezioni relative previste dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

23.7. La riconducibilità dell'accesso ai documenti pubblici alla tutela della libertà d'espressione garantita dall'art. 10 CEDU, inteso non più come una libertà negativa, ma anche come libertà positiva, ha trovato nella sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, in ric. n. 18030/11, uno storico ancorché travagliato riconoscimento, allorché la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la disponibilità del patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni sia indispensabile per assicurare un esercizio effettivo del diritto individuale di esprimersi e per alimentare il dibattito pubblico su materie di interesse generale.

23.8. La disciplina delle eccezioni assolute al diritto di accesso generalizzato è coperta, dunque, da una riserva di legge, desumibile in modo chiaro dall'art. 10 CEDU, quale norma interposta ai sensi dell'art. 117 Cost, e la loro interpretazione non può che essere stretta, tassativizzante.

24. Ricostruita così la natura del c.d. accesso civico generalizzato, quale «terza generazione» del diritto all'accesso, dopo quello documentale di cui alla l. n. 241 del 1990 e quello civico c.d. semplice di cui all'originaria formulazione del d. lgs. n. 33 del 2013, occorre interrogarsi sulle c.d. *eccezioni assolute*, previste dal già richiamato art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016, con particolare riferimento alla materia qui controversa.

24.1. Nella disciplina delle c.d. eccezioni relative ed assolute, infatti, il nostro ordinamento ha seguito una soluzione simile a quella adottata dall'ordinamento anglosassone, che distingue tra *absolute exemptions* e *qualified exemptions*.

24.2. Questa disposizione detta, a ben vedere, tre ipotesi di eccezioni assolute: i documenti coperti da segreto di Stato; gli altri casi di divieti previsti dalla legge, compresi quelli in cui l'accesso è subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti; le ipotesi contemplate dall'art. 24, comma 1, della l. n. 241 del 1990.

24.3. Le eccezioni assolute sono state previste dal legislatore per garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento giuridico, come è in modo emblematico per il segreto di Stato, sicché il legislatore ha operato già a monte una valutazione assiologica e li ha ritenuti superiori rispetto alla conoscibilità diffusa di dati e documenti amministrativi.

24.4. In questo caso la pubblica amministrazione esercita un potere vincolato, che deve essere necessariamente preceduto da un'attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza, rispetto alla singola istanza, di una eccezione assoluta e alla sussunzione del caso nell'ambito dell'eccezione assoluta, che è di stretta interpretazione.

24.5. L'interpretazione letterale propugnata dalla V sezione, pur mossa dal comprensibile intento di ritagliare un raggio applicativo autonomo a ciascuna delle tre ipotesi previste dal comma 3, perviene però a spezzare l'indubbio nesso sistematico, già evidente nella formulazione del comma (*«ivi compresi... incluso»*) che esiste tra le singole ipotesi.

24.6. Questa Adunanza plenaria, pur consapevole della infelice formulazione della disposizione, ne ritiene preferibile una lettura unitaria – a partire dall'endiadi *«segreti e altri divieti di divulgazione»* – evitando di scomporla e di trarne con ciò stesso dei nuovi, autonomi l'uno dagli altri, limiti, perché una lettura sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata, impone un necessario approccio restrittivo (ai limiti) secondo una interpretazione tassativizzante.

24.7. La disposizione non può invero essere intesa nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, compresi quelli regolati dalla l. n. 241 del 1990, perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata *per relationem* dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e "fagociterebbe" l'accesso civico generalizzato.

24.8. Verrebbe meno così, radicalmente, il concorso tra le due forme di accesso – documentale e generalizzato – che, per quanto problematico, è fatto salvo dall'art. 5, comma 11, del d. lgs. n. 33 del 2013, che mantiene ferme *«le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241»*.

24.9. L'art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013 ha insomma inteso rammentare che vi sono appunto casi di eccezioni assolute, come quello del segreto di Stato, o altri, previsti dalle varie leggi settoriali come, ad esempio, il segreto statistico, regolamentato dall'art. 9 del d. lgs. n. 322 del 1989; il segreto militare disciplinato dal R.D. 11 luglio 1941, n. 161; le classifiche di segretezza di atti e documenti di cui all'art. 42 della l. n. 124 del 2007; il segreto bancario previsto dall'art. 7 del d. lgs. n. 385 del 1993; le disposizioni sui contratti secretati previste dall'art. 162 dello stesso d. lgs. n. 50 del 2016; il segreto scientifico e il segreto industriale di cui all'art. 623 del c.p. (per una più ampia e pressoché esaustiva indicazione dei divieti di accesso e divulgazione v. le Linee guida ANAC, par. 6.2.).

25. Per tali casi, anche quando dette leggi richiamino i limiti generali dell'art. 24, comma 1, della l. n. 241 del 1990, il rispetto delle specifiche restrizioni fissate dalla legge all'accesso, per la *ratio* ad esse sottesa, preclude la conoscibilità generalizzata (ma giammai – va ribadito – per interi ambiti di materie), in quanto l'accessibilità totale di dati e documenti è radicalmente incompatibile o con la tipologia di documento (ad esempio perché coperto da segreto di Stato) o con la particolare sensibilità dell'interesse protetto.

25.1. Ma in linea generale il rapporto tra le due discipline generali dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato e, a sua volta, il rapporto tra queste due discipline generali e quelle settoriali – si pensi, tra le più importanti, all'accesso civico di cui all'art. 10 del d. lgs. n. 267 del 2000 e a quello ambientale di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 195 del 2005 – non può essere letto unicamente e astrattamente, secondo un criterio di specialità e, dunque, di esclusione reciproca, ma 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.

25.2. Occorre, cioè, indagare circa la portata e il senso di tali limiti per verificare, caso per caso (la disposizione, appunto parla di "casi") e non per interi ambiti di materia, se il filtro posto dal legislatore a determinati casi di accesso sia radicalmente incompatibile con l'accesso civico generalizzato quale esercizio di una libertà fondamentale da parte dei consociati. Anche le eccezioni assolute insomma, come osservato pure in dottrina, non sono *preclusioni* assolute perché l'interprete dovrà valutare, appunto, la volontà del legislatore di fissare in determinati casi limiti più stringenti all'accesso civico generalizzato.

25.3. La stessa V sezione ha evidenziato la necessità, in linea di principio, che nei rapporti tra discipline generali e discipline settoriali sull'accesso queste ultime non abbiano sempre e comunque portata derogatoria, *«quanto piuttosto che [...] occorra, 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).

25.4. Un diverso ragionamento interpretativo, che identificasse interi ambiti di materia esclusi dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, avallerebbe il rischio, ben avvertito in dottrina, che i casi del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013, letti in modo frazionato e non sistematico, si trasformino in un "buco nero" della trasparenza – frutto anche di un sistema di limiti che si apre ad altri che rinviano ad ulteriori con un potenziale circolo vizioso e un *regressus ad infinitum* – ove è risucchiato l'accesso generalizzato, con un ritorno all'opacità dell'azione amministrativa per effetto di una interpretazione che trasforma l'eccezione in regola e conduce fatalmente alla creazione in via pretoria di quelli che, con felice espressione, sono stati definiti "segreti di fatto" accanto ai "segreti di diritto", espressamente contemplati dalla legge.

25.5. Tale interpretazione, peraltro, introdurrebbe un limite – quello di materia – non previsto espressamente dal legislatore e configurerebbe una eccezione assoluta che, per la riserva di legge in materia ai sensi dell'art. 10 CEDU, non può essere rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione o all'opera dell'esegeta.

26. Né una base normativa a tale eccezione assoluta si può rinvenire, a giudizio di questa Adunanza, nell'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, disposizione speciale dettata dal codice dei contratti.

27. L'art. 53, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 prevede infatti che – fatta salva la disciplina dettata dal codice dei contratti pubblici per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza (ipotesi straordinarie sicuramente rientranti tra le eccezioni accesso di cui all'art. 5-bis, comma 3, del d. lgs. n. 33 del 2013 per il divieto assoluto di divulgazione e accesso) – 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.

27.1. Questi atti, fino alla scadenza di termini indicati, *«non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noto»* (art. 53, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016) e la trasgressione di tale divieto è presidiata dalla sanzione penale di cui all'art. 326 c.p..

27.2. 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, *uti singulus ed uti civis*.

27.3. Viene qui in rilievo una disciplina speciale, il cui nucleo centrale è costituito dalla conoscibilità progressiva della documentazione di gara, regolata da precise scansioni temporali volte a contemperare le ragioni dell'accesso con l'esigenza di assicurare il regolare svolgimento delle procedure selettive.

27.4. 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.

27.5. 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 in relazione alla procedura di affidamento del contratto, in linea, del resto, con quanto prevede in generale l'art. 23, comma 6, della l. n. 241 del 1990 per la prevalenza dell'accesso documentale c.d. difensivo.

27.6. L'eccezione di cui alla lett. a) è posta a tutela della riservatezza aziendale, al fine di evitare che gli operatori economici in diretta concorrenza si servano dell'accesso per acquisire informazioni riservate sul *know-how* del concorrente, costituenti segreti tecnici e commerciali, e ottenere così un indebito vantaggio e ha una natura assoluta perché, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore ha privilegiato quello, prevalente, della riservatezza, a tutela di un leale gioco concorrenziale, delle caratteristiche essenziali dell'offerta quali beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64), salva la necessità, per un altro concorrente, di difendersi in giudizio, unica eccezione all'eccezione ammessa (art. 53, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016).

27.7. Analoga *ratio* di tutela della privativa intellettuale giustifica anche la previsione della lett. d), per le soluzioni tecniche e i programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

27.8. Le eccezioni di cui alla lett. b) e alla lett. c) dell'art. 53 mirano ad impedire la divulgazione di atti che, quando riferibili ad un contenzioso attuale o potenziale con l'appaltatore, sono investiti da specifiche esigenze di riservatezza volte a tutelare le ragioni di ordine patrimoniale della stazione appaltante, la quale deve negare l'accesso per tutelare se stessa di fronte al privato che intenda accedere «*ad atti interni che riguardano la sfera delle libere valutazioni dell'amministrazione in ordine alla convenienza delle scelte da adottare*» (Ad. plen., 13 settembre 2007, n. 11).

28. La portata limitata anche temporalmente e motivata di questi casi, peraltro di stretta interpretazione, non può comportare *ex se* l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale *vis expansiva* una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso.

28.1. Se dunque 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, deve ritenersi che, una volta venute meno le ragioni di questi limiti, tra cui quelli appena accennati dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici, sul piano sia temporale sia contenutistico, l'accesso civico generalizzato opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività anche in specifiche materie, come quella dei

contratti pubblici, 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.

29. Le conclusioni sin qui raggiunte si rinvergono sostanzialmente anche nella delibera ANAC n. 317 del 29 marzo 2017 nella quale l'Autorità ha chiarito che, se è esatto che tra i limiti all'accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 ci sono le pertinenti disposizioni del codice dei contratti pubblici, deve per converso ritenersi che, una volta venute meno le condizioni che sorreggevano quei limiti, e quindi successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

30. Con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, le esigenze di accesso civico generalizzato, assumono, a ben vedere, una particolare e più pregnante connotazione, perché costituiscono la «*fisiologia conseguente*» dell'evidenza pubblica, in quanto che ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile, salvi, ovviamente, i limiti di legge e solo di legge, per le ragioni già esposte.

30.1. È vero che la l. n. 190 del 2012 ha previsto, nel comma 32, numerosi obblighi di pubblicazione degli atti di gara e l'art. 37 del d. lgs. n. 33 del 2013, in attuazione di tale delega, stabilisce un generale regime di pubblicità per tali atti. E l'art. 29 del d. lgs. n. 50 del 2016, come si è già accennato, ha disciplinato in modo analitico la pubblicazione di tali atti. Ma la sussistenza di obblighi di pubblicazione di numerosi atti in materia di gara non può condurre all'esclusione dell'accesso civico generalizzato sul rilievo che gli obblighi "proattivi" di pubblicazione soddisferebbero già, in questa materia, il bisogno o, comunque, il desiderio di conoscenza che contraddistingue il principio di trasparenza.

30.2. Una siffatta lettura, ancora una volta, sconta una logica di separazione tra le diverse tipologie di accesso che il legislatore ha inteso lasciar coesistere nel nostro ordinamento. Per contro, è proprio questa logica ermeneutica di integrazione che induce a ritenere che la obbligatoria pubblicità di determinati atti (c.d. *disclosure* proattiva) è solo un aspetto, pur fondamentale, della trasparenza, che tuttavia si manifesta e si completa nell'accessibilità degli atti (c.d. *disclosure* reattiva) nei termini previsti per l'accesso civico generalizzato.

30.3. Del resto la configurazione di una trasparenza che risponda a "un controllo diffuso" della collettività sull'azione amministrativa è particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni e, in particolare, nell'esecuzione di tali rapporti, dove spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative tali da pregiudicare persino il godimento di diritti fondamentali da parte dei cittadini nella loro pretesa ai cc.dd. diritti sociali.

30.4. Non è più possibile affermare, in un quadro evolutivo così complesso che impone una visione d'insieme anche alla luce delle coordinate costituzionali, eurounitarie e convenzionali, che l'accesso agli atti di gara costituisca un microcosmo normativo compiuto (v, in questo senso, Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121) e chiuso.

30.5. La lettura unitaria, armonizzante, integratrice tra le singole discipline, divenuta predominante nella giurisprudenza di questo Consiglio già nel rapporto tra l'accesso agli atti di gara e l'accesso documentale della l. n. 241 del 1990 in termini di complementarietà (v, in particolare, Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062), deve essere estesa a tutte le tipologie di accesso, ivi incluso quello civico, semplice e generalizzato, come suggerisce condivisibilmente l'ordinanza di rimessione, senza peraltro dover fare riferimento alla pur raffinata tecnica del rinvio "mobile" dell'art. 53 alla l. n. 241 del 1990, per le ragioni tutte esplicitate, alle disposizioni della l. n. 241 del 1990 siccome integrate/combinare con il complesso normativo del d. lgs. n. 33 del 2013.

31. L'esigenza di una conoscenza diffusa dei cittadini nell'esecuzione dei contratti pubblici è con forza avvertita nella normativa europea, come ha ben messo in rilievo questo Consiglio di Stato nella sopra richiamata sentenza n. 3780 del 2019.

31.1. Il considerando 126 della Direttiva n. 2014/24/UE ricorda, a tacer d'altro, che la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto «è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi», sicché le pubbliche amministrazioni dovrebbero conservare le copie dei contratti conclusi di valore elevato per garantire alle parti interessate l'accesso a tali documenti, conformemente alle norme applicabili in materia di accesso alla documentazione.

31.2. Ancor più chiaramente e nettamente, poi, il considerando n. 122 della stessa Direttiva osserva che «i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone od organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla Direttiva 98/665/CE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto» e «dovrebbero avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente Direttiva all'autorità o alla struttura competente».

31.3. Le sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2 agosto 2019 della V sezione hanno ben richiamato l'essenziale ruolo di vigilanza svolto dall'ANAC in questo settore, ma non va trascurato il ruolo che un controllo generalizzato sull'aggiudicazione e sull'esecuzione del contratto svolge proprio l'accesso civico generalizzato, come ridisegnato dal d. lgs. n. 96 del 2017, con la conseguente possibilità di effettuare segnalazioni documentate da parte di terzi, una volta ottenuta la relativa documentazione con l'accesso, anche all'ANAC, che può esercitare il suo potere di raccomandazione ai sensi dell'art. 213 del d. lgs. n. 50 del 2016 anche nella fase esecutiva.

31.4. Il vigente Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, adottato dall'ANAC e pubblicato sulla G.U. del 16 ottobre 2018, prevede, all'art. 12, comma 1, lett. b), che il procedimento di vigilanza possa concludersi, infatti, con «l'accertamento di atti illegittimi o irregolari della procedura di gara o dell'esecuzione del contratto, eventualmente accompagnato da raccomandazioni, rivolte alle stazioni appaltanti interessate, a rimuovere le illegittimità o irregolarità riscontrate, ovvero ad adottare atti volti a prevenire, per il futuro, il ripetersi di tali illegittimità e irregolarità». E particolare attenzione a sua volta l'art. 24 del Regolamento, dedica, sempre in relazione alla fase esecutiva, alle varianti in corso d'opera.

31.5. Risulta così confermato che, nel nostro ordinamento, l'esecuzione del contratto non è una terra di nessuno, lasciata all'arbitrio dei contraenti e all'indifferenza dei terzi, ma sottoposta all'attività di vigilanza da parte dell'ANAC, trattandosi di una fase rilevante per l'ordinamento giuridico, come dimostrano le funzioni pubbliche di vigilanza e controllo previste, nella cui cornice trova spazio, in funzione si direbbe complementare e strumentale, anche l'accesso generalizzato dei cittadini.

31.6. Questo, invero, non solo non è escluso dall'attività di vigilanza dell'ANAC, ma anzi può ben porsi rispetto alla stessa in funzione, come si è appena ricordato, strumentale; può consentire, infatti, che, tramite l'accesso civico generalizzato, siano valutate «le segnalazioni di violazione della normativa in materia di contratti pubblici presentate da terzi, compatibilmente con le esigenze organizzative e di funzionamento degli uffici, tenendo conto in via prioritaria della gravità della violazione e della rilevanza degli interessi coinvolti dall'appalto» (art. 4, comma 4, del Regolamento) e che l'apposito modulo della segnalazione, predisposto dall'ANAC, sia «corredato della eventuale documentazione» (art. 5, comma 2, del Regolamento) acquisita in occasione dell'accesso generalizzato, essendo altrimenti di fatto impossibile per il cittadino «contribuente» segnalare eventuali violazioni all'Autorità di settore, come invece auspica il considerando n. 122, in maniera consapevole e documentata.

32. Nel parere n. 2777 del 28 dicembre 2016 la Commissione speciale di questo Consiglio di Stato ha più volte evidenziato questo ruolo di controllo diffuso che ciascun cittadino può esercitare nella materia dei contratti pubblici accanto e, si direbbe, in ausilio al ruolo istituzionale di vigilanza rivestito dall'ANAC, proprio valorizzando le chiare indicazioni provenienti dal considerando n. 122 della Direttiva 2014/24/UE.

32.1. In detto parere, questo Consiglio ha osservato che la possibilità di consentire la segnalazione a qualsivoglia cittadino che ne abbia interesse risponde al principio di vigilanza sulla legittimità degli atti di gara, «quale interesse a carattere generale ed azionabile anche dal cittadino contribuente», e ha rammentato che la via d'elezione per far valere

l'interesse alla trasparenza non è la segnalazione, che richiede almeno un *fumus* di illegittimità di uno o più atti, bensì l'accesso civico di cui al d. lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d. lgs. n. 97 del 2016.

32.2. L'accesso generalizzato, quale via elettiva della trasparenza, soddisfa dunque ampiamente questo diffuso desiderio conoscitivo finalizzato alla garanzia della legalità nei contratti pubblici, che è per così dire la rinnovata e moderna cifra dell'evidenza pubblica non solo nella tradizionale fase dell'aggiudicazione ma anche nell'esecuzione, dovendo questa, come detto, rispettarne specularmente condizioni, contenuti e limiti.

32.3. Le ragioni sin qui esposte spiegano perché l'accesso civico generalizzato non solo sia consentito, in questa materia, ma sia doveroso perché connaturato, per così dire, all'essenza stessa dell'attività contrattuale pubblica e perché esso operi, in funzione della c.d. trasparenza reattiva, soprattutto in relazione a quegli atti, rispetto ai quali non vigono i pur numerosi obblighi di pubblicazione (c.d. trasparenza proattiva) previsti.

33. Argomenti di carattere letterale, teleologico e sistematico come quelli esposti depongono, dunque, nel senso di una accessibilità totale degli atti di gara, seppur sempre nel rispetto degli interessi-limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all'art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

34. Occorre tenere conto, tuttavia, delle ulteriori importanti questioni poste dalla V sezione nelle citate sentenze n. 5502 e n. 5503 del 2019 e sopra ricordate ed esposte nel par. 21.4.

35. Quanto alla prima questione, di cui alla lett. a) del 21.5., concernente il delicato bilanciamento tra il valore, fondamentale, dell'accesso e quello, altrettanto fondamentale, della riservatezza, la circostanza che l'accesso possa prevedibilmente soccombere di fronte alle ragioni normativamente connesse alla riservatezza dei dati dei concorrenti non può condurre a un'aprioristica esclusione dell'accesso.

35.1. Tutte le *eccezioni relative* all'accesso civico generalizzato implicano e richiedono un bilanciamento da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il cd. *test del danno (harm test)*, utilizzato per esempio in Germania, o il c.d. *public interest test o public interest override*, tipico dell'ordinamento statunitense o di quello dell'Unione europea (art. 4, par. 2, del reg. (CE) n. 1049/2001: v., per un'applicazione giurisprudenziale, Trib. UE, sez. I, 7 febbraio 2018, in T-851/16), in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto.

35.2. È vero, infatti, che escludere dall'accesso anche generalizzato la documentazione suscettibile di rivelare gli aspetti tecnologici, produttivi, commerciali e organizzativi, costituenti i punti di forza o di debolezza delle offerte nel confronto competitivo, costituisce un obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici dell'Unione, e che per conseguire tale obiettivo è necessario che le autorità aggiudicatrici non divulgino informazioni il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, (Trib. I grado UE, sez. II, 29 gennaio 2013, in T-339/10 e in T-532/10 nonché Corte Giust UE, sez. III, 14 febbraio 2008, in C-450/06).

35.3. E tuttavia questo obiettivo può e deve essere conseguito appunto, in una equilibrata applicazione del limite previsto dall'art. 5-*bis*, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 33 del 2013, secondo un canone di proporzionalità, proprio del *test del danno (c.d. harm test)*, che preservi il *know-how* industriale e commerciale dell'aggiudicatario o di altro operatore economico partecipante senza sacrificare del tutto l'esigenza di una anche parziale conoscibilità di elementi fattuali, estranei a tale *know-how* o comunque ad essi non necessariamente legati, e ciò nell'interesse pubblico a conoscere, per esempio, come certe opere pubbliche di rilevanza strategica siano realizzate o certi livelli essenziali di assistenza vengano erogati da pubblici concessionari.

35.4. Va ribadito – concludendo sul punto – che ciò che distingue le *eccezioni relative* dalle *eccezioni assolute* è proprio il fatto che non sussista a monte, nella scala valoriale del legislatore, una priorità ontologica o una prevalenza assiologica di alcuni interessi rispetto ad altri, sicché è rimesso all'amministrazione effettuare un adeguato e

proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti.

36. Quanto alla seconda questione, di cui alla lett. b) del punto 21.4, sopra ricordata, non persuade nemmeno l'argomento secondo cui notevole sarebbe l'aumento dei costi di gestione del procedimento di accesso, da parte delle singole pubbliche amministrazioni, aumento che, in una prospettiva di diffusa applicazione dell'accesso civico generalizzato anche ai contratti pubblici, necessiterebbe di apposita disposizione di legge.

36.1. Se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge.

36.2. Non deve nemmeno essere drammatizzato l'*abuso dell'istituto*, che possa condurre a una sorta di *eccesso di accesso*.

36.3. Innanzi tutto, va rilevato che l'esperienza applicativa del FOIA nei primi tre anni dalla sua introduzione, come emerge dai dati pubblicati dal Dipartimento della funzione pubblica, rivela un uso "normale" delle istanze di accesso civico; infatti, le istanze pervenute ai ministeri sono aumentate da 1146 nel 2017 a 1818 nel 2018, con una media, nel secondo anno, di 11 richieste mensili per ministero, assolutamente in linea con la media europea e con un tasso di risposte evase da parte dei ministeri nel termine di legge (trenta giorni), in aumento, dal 74% nel 2017 all'83% nel 2018.

36.4. In secondo luogo, è ovvio che l'accesso, finalizzato a garantire, con il diritto all'informazione, il buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), non può finire per intralciare proprio il funzionamento della stessa, sicché il suo esercizio deve rispettare il canone della buona fede e il divieto di abuso del diritto, in nome, anzitutto, di un fondamentale principio solidaristico (art. 2 Cost.).

36.5. Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudocoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da «contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza [...] a manipolare i dati di realtà».

36.6. Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche (v. sul punto, Circolare FOIA n. 2/2017, par. 7, lett. d; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702), contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi.

37. Quanto alla terza questione, di cui alla lett. c), nemmeno convince l'argomento secondo cui l'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato, in questa materia, verrebbe utilizzato per la soddisfazione di interessi economici e commerciali del singolo operatore, nell'intento di superare i limiti interni dei rimedi specificamente posti dall'ordinamento a tutela di tali interessi, ove compromessi dalla conduzione delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

37.1. La circostanza che l'interessato non abbia un interesse diretto, attuale e concreto ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, non per questo rende inammissibile l'istanza di accesso civico generalizzato, nata anche per superare le restrizioni imposte dalla legittimazione all'accesso documentale.

37.2. Non si deve confondere da questo punto di vista la *ratio* dell'istituto con l'interesse del richiedente, che non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto, come detto, certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede.

37.3. Ciò che va tutelato è l'interesse alla conoscenza del dato e questa conoscenza non può essere negata, anche ai sensi del *considerando* n. 122 della richiamata direttiva, anche e anzitutto all'operatore economico del settore, come è Diddi s.r.l..

38. L'Adunanza plenaria, conclusivamente, enuncia, sulle questioni poste, i seguenti principi di diritto, anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a.:

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.

39. Riassuntivamente e conclusivamente, l'appello della società è in parte infondato, per quanto attiene alla richiesta di accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990, sia pure per una motivazione diversa da quella contenuta nella sentenza impugnata.

40. L'ammissibilità dell'istanza di accesso civico, viceversa, dovrà essere esaminata dalla Sezione rimettente, cui l'affare va restituito per ogni definitiva statuizione, che si uniformerà ai principi di diritto su enunciati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Diddi s.r.l.:

a) dichiara inammissibile l'intervento del Comune di Chiaramonte Gulfi;

b) rigetta in parte l'appello e conferma, con diversa motivazione, la sentenza n. 577 del 17 aprile 2019 del Tribunale amministrativo per la Toscana nella parte concernente l'accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990;

c) restituisce, per la restante parte, gli atti alla Sezione per la definizione della controversia secondo i principi di diritto enunciati al par. 38 della parte motiva nonché per la statuizione sulle spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Oberdan Fortenza, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE

Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE

Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO

Corte di Cassazione Sezione civile, lavoro 15/10/2020 n. 22405

RILEVATO CHE

1. Con sentenza in data 10 ottobre 2014 nr. 299 la Corte d'appello di Cagliari riformava la sentenza del Tribunale di (omissis) e, per l'effetto, in parziale accoglimento della domanda proposta da (omissis) (omissis), dipendente della PROVINCIA DI (omissis) inquadrata nella categoria D3 del CCNL 31 marzo 1999, accertava il demansionamento derivante dalla sottrazione, dall'1 maggio 2008, della responsabilità del servizio «controllo atmosferico ed acustico», avente valenza di posizione organizzativa; condannava la Provincia al pagamento della relativa indennità, maggiorata degli interessi. Condannava, altresì, la Provincia al pagamento, per gli anni 2004, 2005 e 2007, della indennità di produttività in misura pari al punteggio massimo di valutazione, oltre interessi.
2. Per quanto ancora in discussione, la Corte territoriale osservava che la (omissis) aveva svolto dalla data di assunzione le funzioni di responsabile del servizio «controllo atmosferico ed acustico» e dopo la istituzione del servizio come posizione organizzativa, nell'anno 2000, aveva ricevuto il relativo incarico, svolgendolo fino all'aprile 2008; il dirigente del settore ambiente dopo la scadenza dell'incarico aveva assunto personalmente la responsabilità del servizio.
5. Il mancato rinnovo determinava la cessazione della responsabilità del servizio, in quanto nell'organigramma della Provincia le posizioni organizzative coincidevano con i servizi. Nella eventualità in cui si verificasse, come nella fattispecie di causa, detta coincidenza, la titolarità della posizione organizzativa doveva essere necessariamente conferita ad un funzionario inquadrato nella posizione apicale D; la (omissis) doveva essere comunque assegnata a compiti di direzione o staff, propri del suo inquadramento in posizione D3.
6. La sottrazione della responsabilità del servizio, senza assegnazione della responsabilità di altro servizio, costituiva demansionamento ed aveva comportato il danno patrimoniale della mancata corresponsione della indennità di posizione organizzativa.
7. Il gravame era fondato anche quanto alla denunciata illegittimità delle schede di valutazione annuali ai fini del pagamento della indennità di produttività.
8. Il Tribunale, accertata la mancata esecuzione degli adempimenti procedurali previsti nel regolamento di valutazione — (mancata assegnazione degli obiettivi, tardività della redazione e consegna della scheda) — avrebbe dovuto invalidare le schede di valutazione. Superflua risultava la ripetizione della valutazione, peraltro problematica a distanza di tempo. 9. La amministrazione, infatti, a partire dall'anno 2002, aveva sempre assegnato ai colleghi della (omissis) il massimo punteggio e ciò avvalorava l'intento discriminatorio, non avendo la amministrazione spiegato perché soltanto la appellante avesse ottenuto un punteggio inferiore. La amministrazione avendo proceduto «a pioggia» ad una valutazione di massimo punteggio al di fuori delle regole procedurali, avrebbe dovuto riservare lo stesso trattamento all'appellante. 10. Ne derivava la condanna al pagamento dell'indennità di produttività in misura pari al massimo punteggio per gli anni non coperti dalla prescrizione quinquennale.
11. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza la PROVINCIA DI (omissis), articolato in sei motivi, cui ha resistito con controricorso (omissis) (omissis).
12. Le parti hanno depositato memoria

CONSIDERATO CHE

1. Con il primo motivo la PROVINCIA ricorrente ha denunciato — ai sensi dell'articolo 360 nr. 4 cod. proc. civ. — nullità o inesistenza della sentenza impugnata.
2. Ha esposto che la sentenza gravata era stata pronunciata da un collegio di cui faceva parte un giudice (dott. MARIA SECHI), che non aveva partecipato alla discussione.
3. Il motivo è inammissibile.
4. La non corrispondenza del collegio riportato nell'epigrafe della sentenza con quello innanzi al quale sono state precisate le conclusioni è causa di nullità della decisione solo in caso di effettivo mutamento del collegio medesimo; l'onere della prova di tale divergenza grava sulla parte che se ne dolga, dovendosi altrimenti presumere — in mancanza di elementi probatori dell'instestazione della sentenza — che i magistrati che hanno partecipato alla deliberazione coincidano con quelli indicati nel verbale d'udienza, e che, pertanto, la pronunzia sia affetta da mero errore materiale (Cass. 30/09/2019, n. 24427; Cass. nr. 24951/2016). 5. La Provincia per dedurre il vizio di nullità si è limitata a far leva sulla composizione del collegio riportata nella intestazione della sentenza, dovendo dunque presumersi la ricorrenza di un errore materiale, non denunciabile in sede di legittimità. Del resto, con la memoria difensiva entrambe le parti hanno dato atto dell'avvenuta correzione dell'errore materiale dell'intestazione della sentenza gravata, giusta ordinanza del 20.3.2015; la Provincia, alla luce della circostanza, ha dichiarato di «non insistere» sul motivo di ricorso.
6. Con il secondo mezzo la parte ricorrente ha dedotto — ai sensi dell'art. 360 nr. 3 cod. proc. civ. — violazione dell'articolo 113 cod. proc. civ. per contraddittorietà della decisione con gli orientamenti di questa Corte in materia di posizione organizzativa e con la stessa giurisprudenza della Corte d'Appello di Cagliari.
7. Ha premesso che la posizione organizzativa, ricoperta da controparte fino al 30.4.2008, non era stata revocata ma non confermata alla scadenza e che il CCNL stipulato in data 31.3.1999, agli articoli 8 e 9, aveva previsto il conferimento delle posizioni organizzative sulla base e per effetto di un incarico a termine.
8. Quanto al controllo sulla motivazione del mancato rinnovo, nel rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato la regola della giustificazione operava solo ove contemplata dalla legge o dal contratto.
9. Con la terza censura si deduce — ai sensi dell'articolo 360 nr. 5 cod. proc. civ. — omesso esame circa fatti decisivi del giudizio ed oggetto di discussione tra le parti, sempre sotto il profilo della mancata considerazione del nuovo regime degli inquadramenti di cui al CCNL 31 marzo 1999, articolo 8.
10. Con il quarto motivo la PROVINCIA ha censurato la sentenza — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod. proc. civ. — per violazione o falsa applicazione del CCNL 31 marzo 1999 e di norme di diritto, per avere la Corte territoriale erroneamente individuato nell'inquadramento della (omissis) nella posizione D3 il presupposto necessario e sufficiente per poterle garantire sine die la titolarità di una posizione organizzativa.
11. Viene altresì dedotto l'omesso esame delle difese svolte in merito al contratto decentrato integrativo dell'anno 2000, con il quale si era previsto che fino alla data di approvazione della nuova struttura organica le posizioni organizzative coincidessero con i 23 servizi esistenti.
12. Da ultimo, si censura la sentenza nella parte in cui affermava che l'insoddisfazione del dirigente per l'operato della (omissis) avrebbe potuto legittimare l'avvio di un procedimento disciplinare e non anche il mancato rinnovo della posizione organizzativa, deducendosi che una mancanza, pur non rilevante disciplinarmente, può essere alla base delle scelte riservate al dirigente.
13. Il secondo ed il quarto motivo di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente per la loro connessione, sono fondati, con conseguente assorbimento del terzo motivo, che sostanzialmente prospetta le medesime questioni sotto il profilo del vizio di motivazione.
14. Per il comparto regioni ed autonomi e locali, il CCNL del 31 marzo 1999, di revisione del sistema di classificazione professionale, introduceva (con l'articolo 3) l'inquadramento del personale non dirigenziale in quattro categorie, progressivamente dalla lettera A alla lettera D, prevedendo per il personale della categoria D la istituzione di un'area delle posizioni organizzative, secondo la disciplina degli articoli 8 e seguenti. Di qui il superamento del sistema delle qualifiche funzionali ed il re-inquadramento del personale in servizio secondo le previsioni di corrispondenza della tabella C allegata al contratto (articolo 7).

15. Ai sensi del richiamato articolo 8, comma 1, le posizioni organizzative costituiscono posizioni di lavoro che richiedono, con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato: lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità (lettera a); lo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità e specializzazione (lettera b); lo svolgimento di attività di staff e di studio, ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo caratterizzate da elevata autonomia ed esperienza (lettera c). A tenore del successivo comma due, tali posizioni—che non coincidono necessariamente con quelle già retribuite con l'indennità di cui all'art. 37, comma 4, del CCNL del 6.7.1995—possono essere assegnate esclusivamente a dipendenti classificati nella categoria D, sulla base e per effetto di un incarico a termine conferito in conformità alle regole di cui al l'a rt.9.
16. Secondo tali regole, gli incarichi relativi all'area delle posizioni organizzative sono conferiti dai dirigenti per un periodo massimo non superiore a 5 anni, con atto scritto e motivato e possono essere rinnovati con le medesime formalità. Gli incarichi possono essere revocati prima della scadenza con atto scritto e motivato, in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di specifico accertamento di risultati negativi (articolo 9, commi 1 e 3).
17. Alla attribuzione dell'incarico è collegato un trattamento economico accessorio, composto dalla retribuzione di posizione e dalla retribuzione di risultato (articolo 10).
- 18.11 CCNL del Comparto delle regioni e delle autonomie locali del successivo quadriennio normativo 2002-2005, prevede che:
- «Gli enti valorizzano le alte professionalità del personale della categoria D mediante il conferimento di incarichi a termine nell'ambito della disciplina dell'art. 8, comma 1, lett., b) e c), CCNL 31.3.99 e nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 9, 10 e 11 del medesimo CCNL» (art. 10, comma 1).
19. Tale disciplina è rimasta in vigore ai sensi dell'articolo 1, comma 5, del CCNL 2006/2009, dell'11 aprile 2008.
20. Questa Corte ha già precisato, in tema di lavoro pubblico negli enti locali, che il conferimento di una posizione organizzativa non comporta l'inquadramento in una nuova categoria contrattuale ma unicamente l'attribuzione di una posizione di responsabilità, con correlato beneficio economico. Ne consegue, in termini generali, che la revoca di tale posizione non costituisce demansionamento e non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2103 c.c. e del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 52, trovando applicazione il principio di turnazione degli incarichi, in forza del quale alla scadenza il dipendente resta inquadrato nella categoria di appartenenza, con il relativo trattamento economico (Cass. 25 ottobre 2019, n.27384; Cass. 10 luglio 2019 nr. 18561; Cass. 30 marzo 2015, n. 6367;).
21. Anche le Sezioni Unite, ai fini del riparto di giurisdizione, hanno affermato che la posizione organizzativa non determina un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato né un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell'incarico, per quanto riguarda il comparto delle autonomie locali, secondo la disciplina degli articoli 8 e 9 del CCNL stipulato il 31 marzo 1999, il conferimento dell'incarico di posizione organizzativa è possibile esclusivamente per situazioni tipizzate, descritte nel contratto; può essere concesso solo a termine; è connotato da una specifica retribuzione variabile, in quanto sottoposta alla logica del programma da attuare e del risultato; è, infine, revocabile. (Cassazione civile sez. un., 14/04/2010, n.8836).
22. Parimenti è stato chiarito che il rinnovo delle posizioni organizzative costituisce una facoltà del datore di lavoro pubblico, che, se ritiene di provvedere in tal senso, deve parimenti disporlo con atto scritto e motivato; pertanto mentre l'eventuale revoca dell'incarico prima della scadenza richiede un atto scritto e motivato e può essere disposta soltanto in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di uno specifico accertamento di risultati negativi, la cessazione dell'incarico conferito alla sua naturale scadenza non obbliga l'amministrazione ad una qualsivoglia motivata determinazione (Cassazione civile sez. lav., 10/07/2015, n.14472).
23. Per quanto accertato nella sentenza impugnata, nella fattispecie di causa si è verificato il mancato rinnovo alla (omissis) dell'incarico di posizione organizzativa dopo la naturale scadenza, nell'aprile 2008, che dunque non richiedeva alcuna determinazione né motivazione.
24. La Corte territoriale si è discostata dai principi sopra esposti, che in questa sede vanno ribaditi, sul rilievo che la originaria ricorrente era inquadrata nella posizione D3- ex ottava qualifica funzionale; ha infatti ritenuto che a tale inquadramento debba corrispondere la responsabilità di un servizio, responsabilità che nello specifico organigramma della Provincia di (omissis) corrispondeva alla titolarità di una posizione organizzativa.
25. Tale conclusione si pone in contrasto con il dettato degli articoli 8 e 9 del CCNL del 31 marzo 2009. Il disposto dei richiamati articoli esclude ogni possibilità di conseguire— o comunque di mantenere— la posizione organizzativa fuori dalle procedure in essi stabilite. In tal senso è chiaro il tenore testuale del comma due dell'articolo 8.
26. La (omissis), in quanto dipendente inquadrata nella ex VIII qualifica funzionale, ha avuto accesso alla posizione economica D3 secondo la tabella di corrispondenza allegata al CCNL 31 marzo 1999. 27.Nel nuovo sistema di classificazione, ai sensi dell'articolo 3 del predetto CCNL, ciascuna categoria individua mansioni professionalmente equivalenti e nel suo ambito sono individuate posizioni differenziate unicamente sotto il profilo economico sicché alla posizione D3 non può attribuirsi alcun rilievo di apicalità in termini di mansioni.
28. La categoria D, secondo la declaratoria riportata nell'allegato A al CCNL, non è caratterizzata, contrariamente a quanto assunto in sentenza, dallo svolgimento di compiti di responsabilità di un servizio, potendo avere un contenuto di tipo tecnico, gestionale o direttivo. Di qui l'infondatezza dell'assunto secondo cui nelle ipotesi in cui nell'organigramma dell'ente locale le posizioni organizzative coincidano con la responsabilità dei servizi sussisterebbe un diritto dei funzionari D3 ad ottenerle.
29. Con il quinto mezzo si assume — ai sensi degli articoli 360 nr. 4 e nr. 5 cod.proc.civ.— violazione e falsa applicazione dell'articolo 116 cod.proc.civ., per avere la Corte territoriale affermato che la amministrazione non aveva spiegato le ragioni per cui solamente la (omissis) aveva ottenuto nelle schede annuali di valutazione un punteggio inferiore al massimo.
30. Ha dedotto che il punteggio numerico esprime e sintetizza la motivazione.
31. Ha comunque dedotto che se, per ipotesi, fosse stato attribuito agli altri funzionari il punteggio massimo in violazione delle regole procedurali, ciò non avrebbe potuto sorreggere la condanna della amministrazione ad applicare tale valutazione alla (omissis).
32. Il motivo è inammissibile.
33. Si deduce il vizio di violazione dell'articolo 116 cod.proc. civ. per contestare la ritenuta mancanza di motivazione e l'affermato carattere discriminatorio della mancata attribuzione alla (omissis) del punteggio massimo di valutazione, attribuito a tutti gli altri dipendenti, sostenendosi la esistenza della motivazione. Non si cetera, invece, la ratio decidendi secondo cui l'intero procedimento di valutazione era illegittimo per violazione del procedimento— (mancata assegnazione degli obiettivi, mancanza del colloquio valutativo, tardività della redazione e consegna della scheda)—sicché detta illegittimità deve ritenersi definitivamente accertata.
34. Soprattutto, non si censura adeguatamente la statuizione secondo cui «L'amministrazione, avendo proceduto ad una valutazione di massimo punteggio a pioggia, al di fuori delle regole procedurali, doveva riservare lo stesso trattamento all'appellante» né la conseguente condanna diretta, operata dal giudice dell'appello, al pagamento dell'indennità di produttività nella misura pari al massimo punteggio, nei limiti della prescrizione quinquennale.
35. Ed invero la norma dell'articolo 116 cod.proc.civ. non disciplina i limiti di intervento del giudice nelle ipotesi di violazione da parte del datore di lavoro pubblico delle regole procedurali di gestione del rapporto di lavoro ma attiene al potere di valutazione delle prove riservato al giudice del merito (ricorrendo quando questi consideri una prova legale secondo prudente apprezzamento o un elemento di prova liberamente valutabile come prova legale).
36. Il sesto motivo del ricorso, con il quale la PROVINCIA ha dedotto —ai sensi dell'articolo 360 nr. 4 e nr.5 cod.proc.civ.— violazione dell'articolo 2697 cod.civ. ed omesso esame di un fatto decisivo— evidenziando l'omesso esame dei documenti che dimostravano che la (omissis) aveva rifiutato ogni mansione— ha ad oggetto la condanna al risarcimento del danno da demansionamento; esso resta pertanto assorbito dall'accoglimento del secondo e del quarto motivo di ricorso, aventi ad oggetto la medesima pronuncia di condanna.
37. La sentenza impugnata deve essere conclusivamente cassata nella parte in cui ha dichiarato illegittima la privazione dall' 1 maggio 2008 della responsabilità del servizio «controllo atmosferico ed acustico» ed ha

condannato la Provincia al pagamento della indennità di posizione organizzativa, maggiorata degli interessi legali. La causa deve essere rinviata alla Corte d'Appello di Cagliari sezione distaccata di Sassari affinché si adegui nella decisione ai principi di diritto qui ribaditi.

38. Restano assorbiti il terzo ed il sesto motivo di ricorso mentre vanno dichiarati inammissibili il primo ed il quinto.

39. Il giudice del rinvio provvederà alla disciplina delle spese del presente grado nonché del subprocedimento di cui all'articolo 373 cod.proc.civ. (Cassazione civile, sentenza n. 16121/2011)

PQM

La Corte accoglie il secondo ed il quarto motivo di ricorso, assorbiti il terzo ed il sesto. Dichiarà inammissibili il primo ed il quinto motivo di ricorso. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia — anche per le spese — alla Corte d'Appello di Cagliari sezione distaccata di Sassari. Così deciso in Roma, nella adunanza camerale del 22 luglio 2020.

www.ilpersonale.it



Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

26 settembre 2019*

«Rinvio pregiudiziale – Articoli 49 e 56 TFUE – Aggiudicazione degli appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 71 – Subappalto – Normativa nazionale che limita la possibilità di subappaltare nella misura del 30% dell'importo complessivo del contratto»

Nella causa C-63/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia), con ordinanza del 13 dicembre 2017, pervenuta in cancelleria il 1° febbraio 2018, nel procedimento

Vitali SpA

contro

Autostrade per l'Italia SpA,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da E. Regan (relatore), presidente di sezione, C. Lycourgos, E. Juhász, M. Ilešić e I. Jarukaitis, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Colelli e V. Nunziata, avvocati dello Stato;
- per il governo norvegese, da K.H. Aarvik, H. Røstum e C. Anker, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da L. Haasbeek, G. Gattinara e P. Ondrůšek, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

* Lingua processuale: l'italiano.

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 49 e 56 TFUE, dell'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65), come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015 (GU 2015, L 307, pag. 5) (in prosieguo: la «direttiva 2014/24»), nonché sul principio di proporzionalità.
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Vitali SpA e l'Autostrade per l'Italia SpA in merito alla decisione adottata da quest'ultima, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, di escludere la prima da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 I considerando 1, 41, 78, 100 e 105 della direttiva 2014/24, così recitano:

«(1) L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.

(...)

(41) Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, (...) a condizione che dette misure siano conformi al TFUE.

(...)

(78) È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle [piccole e medie imprese (PMI)]. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI. A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. (...)

Gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di andare oltre nei loro sforzi intesi a facilitare la partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici estendendo agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni. Allo stesso fine, gli Stati membri dovrebbero anche avere la facoltà di creare meccanismi per il pagamento diretto ai subappaltatori.

(...)

(100) È opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione, di frode a danno degli interessi finanziari dell'Unione, di reati di terrorismo, di riciclaggio dei proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo. (...)

(...)

(105) È importante che l'osservanza, da parte dei subappaltatori, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro di cui alla presente direttiva, sempre che tali norme, e la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione, sia garantita dalle autorità nazionali competenti, ad esempio gli ispettorati del lavoro o le agenzie per la protezione dell'ambiente, mediante azioni adeguate entro i limiti delle loro responsabilità e del loro mandato.

(...)

(...) Inoltre, dovrebbe essere indicato esplicitamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, oppure permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l'esclusione dell'operatore economico. (...)

Si dovrebbe inoltre stabilire espressamente che gli Stati membri restano liberi di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori».

4 Conformemente all'articolo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, la stessa si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alla soglia di EUR 5 225 000 per gli appalti pubblici di lavori.

5 L'articolo 18 di tale direttiva, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al suo paragrafo 1, primo comma, dispone quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».

6 L'articolo 57 di detta direttiva, intitolato «Motivi di esclusione», al suo paragrafo 1 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici escludano un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto qualora abbiano stabilito attraverso una verifica ai sensi degli articoli da 59 a 61 o siano a conoscenza in altro modo del fatto che tale operatore economico è stato condannato con sentenza definitiva per uno dei motivi elencati in tale disposizione.

7 L'articolo 63 della medesima direttiva, intitolato «Affidamento sulle capacità di altri soggetti», al suo paragrafo 1, primo comma, così dispone:

«Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici

possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine».

8 L'articolo 71 della direttiva 2014/24, intitolato «Subappalto», prevede quanto segue:

«1. L'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze.

2. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

3. Gli Stati membri possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente principale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi concernenti tale modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara.

4. I paragrafi da 1 a 3 lasciano impregiudicata la questione della responsabilità del contraente principale.

5. Nel caso di appalti di lavori e per servizi da fornire presso l'impianto sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, dopo l'aggiudicazione dell'appalto e al più tardi all'inizio dell'esecuzione del contratto l'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di indicarle nome, recapito e rappresentanti legali dei suoi subappaltatori coinvolti in tali lavori o servizi, nella misura in cui questi sono noti al momento della richiesta. L'amministrazione aggiudicatrice impone al contraente principale di comunicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del contratto nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori coinvolti successivamente in tali lavori o servizi.

Fermo restando il primo comma, gli Stati membri possono imporre direttamente al contraente principale l'obbligo di trasmettere le informazioni richieste.

Ove necessario ai fini del paragrafo 6, lettera b), del presente articolo, le informazioni richieste sono accompagnate dalle autodichiarazioni dei subappaltatori come previsto all'articolo 59. Le misure di esecuzione di cui al paragrafo 8 del presente articolo possono prevedere che i subappaltatori presentati a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto forniscano i certificati e gli altri documenti complementari invece dell'autodichiarazione.

Il primo comma non si applica ai fornitori.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, ad esempio:

- a) ai contratti di fornitura, ai contratti di servizi diversi da quelli riguardanti servizi da fornire presso gli impianti sotto la diretta supervisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero ai fornitori coinvolti in contratti di lavori o di servizi;
- b) ai subappaltatori dei subappaltatori del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti.

6. Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti:

- a) se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale, lo Stato membro interessato provvede a che le norme pertinenti siano applicate in conformità delle condizioni stabilite all'articolo 18, paragrafo 2;
- b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.

7. Gli Stati membri possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto.

8. Gli Stati membri che hanno scelto di prevedere misure a norma del paragrafo 3, 5 o 6 specificano, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di attuazione di tali misure. In tale contesto gli Stati membri possono limitarne l'applicabilità, ad esempio in relazione a determinati tipi di appalti, a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o operatori economici ovvero a determinati importi».

Diritto italiano

- 9 L'articolo 105, paragrafo 2, terza frase, del decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici, del 18 aprile 2016 (supplemento ordinario alla GURI n. 91 del 19 aprile 2016; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 50/2016»), così prevede:

«Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture».

- 10 L'articolo 105, paragrafo 5, del decreto legislativo n. 50/2016 è formulato come segue:

«Per le opere di cui all'articolo 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 11 Con bando di gara pubblicato nel mese di agosto 2016, la Autostrade per l'Italia ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento, mediante gara, dei lavori di ampliamento della quinta corsia dell'autostrada italiana A8 tra la barriera di Milano Nord (Italia) e l'interconnessione di Lainate (Italia), per un importo a base di gara pari a EUR 85 211 216,84, IVA esclusa.
- 12 La Vitali è stata esclusa dalla gara per avere superato il limite del 30% previsto, in materia di subappalto, all'articolo 105, paragrafo 2, del decreto legislativo n. 50/2016.

- 13 La Vitali ha proposto dinanzi al giudice del rinvio un ricorso diretto, in particolare, alla sua riammissione alla procedura di gara.
- 14 Con sentenza parziale del 5 gennaio 2018 il giudice del rinvio ha respinto tutti i motivi dedotti dalla Vitali a sostegno di tale ricorso, salvo quello secondo il quale il limite del 30% in materia di subappalti, previsto dal diritto italiano, non sarebbe conforme al diritto dell'Unione.
- 15 Il giudice del rinvio nutre dubbi sulla compatibilità di siffatto limite quantitativo con gli articoli 49 e 56 TFUE, con l'articolo 71 della direttiva 2014/24 nonché con il principio di proporzionalità.
- 16 Tale giudice sottolinea che il Consiglio di Stato (Italia) si è pronunciato nel senso che il legislatore nazionale può legittimamente porre, in materia di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto a quelli previsti dalle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione, laddove essi siano giustificati, da un lato, alla luce dei principi di sostenibilità sociale e, dall'altro, in considerazione dei valori declinati dall'articolo 36 TFUE, tra cui compaiono l'ordine e la sicurezza pubblici. Inoltre, detto giudice rileva che, secondo il Consiglio di Stato, la giurisprudenza della Corte riguardante i limiti quantitativi al subappalto in materia di appalti pubblici, la quale giurisprudenza verte sulla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), non si applica in relazione alla direttiva 2014/24.
- 17 Tuttavia, il giudice del rinvio osserva altresì che, al pari della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1) e della direttiva 2004/18, la direttiva 2014/24 non prevede limiti quantitativi al subappalto. Secondo il giudice del rinvio, la previsione di un limite generale del 30% per il subappalto, con riferimento all'importo complessivo del contratto, può rendere più difficoltoso l'accesso delle imprese, in particolar modo di quelle di piccole e medie dimensioni, agli appalti pubblici, così ostacolando l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Tale limite è fissato in maniera astratta in una determinata percentuale del contratto, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui trattasi.
- 18 Di conseguenza, il giudice del rinvio si domanda se la normativa nazionale di cui al procedimento principale non ecceda quanto necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti.
- 19 In tali circostanze, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 [TFUE], l'articolo 71 della direttiva [2014/24], il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio [di diritto dell'Unione europea] di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, comma 2, terzo periodo, del [decreto legislativo n. 50/2016], secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture».
- 20 La domanda del giudice del rinvio diretta al trattamento accelerato della sua domanda di pronuncia pregiudiziale conformemente all'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte è stata respinta con ordinanza del presidente della Corte dell'8 marzo 2018, Vitali (C-63/18, non pubblicata, EU:C:2018:199).

Sulla questione pregiudiziale

- 21 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 49 e 56 TFUE e la direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.
- 22 In via preliminare, occorre rilevare che, poiché il valore dell'appalto di cui al procedimento principale, al netto dell'IVA, è superiore alla soglia di EUR 5 225 000 prevista all'articolo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, è con riferimento a quest'ultima che occorre rispondere alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale.
- 23 Occorre ricordare che tale direttiva, come risulta in sostanza dal suo considerando 1, ha l'obiettivo di garantire il rispetto, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, e dei principi che ne derivano, in particolare la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza, nonché di garantire che l'aggiudicazione degli appalti pubblici sia aperta alla concorrenza.
- 24 In particolare, a tal fine, la predetta direttiva prevede espressamente, al suo articolo 63, paragrafo 1, la possibilità per gli offerenti di fare affidamento, a determinate condizioni, sulle capacità di altri soggetti, per soddisfare determinati criteri di selezione degli operatori economici.
- 25 Inoltre, l'articolo 71 della medesima direttiva, che riguarda specificamente il subappalto, al suo paragrafo 2 dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.
- 26 Ne deriva che, al pari della direttiva 2004/18 abrogata dalla direttiva 2014/24, quest'ultima sancisce la possibilità, per gli offerenti, di ricorrere al subappalto per l'esecuzione di un appalto, purché le condizioni da essa previste siano soddisfatte (v., in tal senso, per quanto riguarda la direttiva 2004/18, sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punti da 31 a 33).
- 27 Infatti, secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punto 48 e giurisprudenza ivi citata).
- 28 Inoltre, al punto 35 della sentenza del 14 luglio 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), che riguardava l'interpretazione della direttiva 2004/18, la Corte ha stabilito che una clausola del capitolato d'oneri di un appalto pubblico di lavori che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe, è incompatibile con tale direttiva, applicabile nell'ambito della controversia che aveva dato luogo a tale sentenza.
- 29 A tal riguardo, occorre rilevare che, sebbene l'articolo 71 della direttiva 2014/24 riprenda, in sostanza, il tenore dell'articolo 25 della direttiva 2004/18, esso elenca tuttavia talune norme supplementari in materia di subappalto. In particolare, tale articolo 71 prevede la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di chiedere o di essere obbligata dallo Stato membro a chiedere all'offerente di informarla sulle intenzioni di quest'ultimo in materia di subappalto, nonché la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice, a determinate condizioni, di trasferire i pagamenti dovuti

direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti al contraente principale. Inoltre, il suddetto articolo 71 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici possono verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistano motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57 di tale direttiva relativi in particolare alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode.

- 30 Tuttavia, dalla volontà del legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica, mediante l'adozione di siffatte norme, le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto, non si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della facoltà di limitare tale ricorso a una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, al pari del limite imposto dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale.
- 31 A tale riguardo, il governo italiano sostiene che gli Stati membri possono prevedere misure diverse da quelle specificamente elencate nella direttiva 2014/24, al fine di garantire, in particolare, il rispetto del principio di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, poiché a tale principio è dedicata una particolare attenzione nel contesto di tale direttiva.
- 32 Più specificamente, tale governo sottolinea il fatto che la limitazione del ricorso al subappalto di cui trattasi nel procedimento principale è giustificata alla luce delle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi. Limitando la parte dell'appalto che può essere subappaltata, la normativa nazionale renderebbe il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, il che consentirebbe di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nelle commesse pubbliche e di tutelare così l'ordine pubblico.
- 33 Come osserva il governo italiano, è vero che i considerando 41 e 105 della direttiva 2014/24, nonché alcune disposizioni di quest'ultima, come l'articolo 71, paragrafo 7, indicano espressamente che gli Stati membri rimangono liberi di prevedere, nel proprio diritto interno, disposizioni più rigorose rispetto a quelle previste dalla predetta direttiva in materia di subappalto, a condizione che tali prime disposizioni siano compatibili con il diritto dell'Unione.
- 34 Come deriva, in particolare, dai criteri di selezione qualitativi previsti dalla direttiva 2014/24, in particolare dai motivi di esclusione dettati al suo articolo 57, paragrafo 1, è altresì vero che il legislatore dell'Unione ha inteso evitare, mediante l'adozione di tali disposizioni, che gli operatori economici che sono stati condannati con sentenza definitiva, alle condizioni previste in tale articolo, partecipino a una procedura di aggiudicazione di appalti.
- 35 Parimenti, il considerando 41 della direttiva 2014/24 prevede che nessuna disposizione di quest'ultima dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie, in particolare, alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE, mentre il considerando 100 di tale direttiva precisa che è opportuno evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici, in particolare, ad operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale.
- 36 Oltre a ciò, secondo una giurisprudenza costante, va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione di misure destinate a garantire il rispetto dell'obbligo di trasparenza, il quale si impone alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto dell'obbligo summenzionato (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

- 37 Più specificamente, la Corte ha già dichiarato che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, punti 27 e 28).
- 38 Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.
- 39 A tal riguardo, occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità (sentenza del 20 settembre 2018, *Montte*, C-546/16, EU:C:2018:752, punto 38).
- 40 Orbene, in particolare, come ricordato al punto 30 della presente sentenza, la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2017, *Borta*, C-298/15, EU:C:2017:266, punti 54 e 55).
- 41 Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione.
- 42 Come sottolinea la Commissione, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano, al pari di quelle previste dall'articolo 71 della direttiva 2014/24 e richiamate al punto 29 della presente sentenza. D'altronde, come indica il giudice del rinvio, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.
- 43 Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto come quella di cui trattasi nel procedimento principale non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.
- 44 Tale conclusione non può essere rimessa in discussione dall'argomento dedotto dal governo italiano, secondo cui i controlli di verifica che l'amministrazione aggiudicatrice deve effettuare in forza del diritto nazionale sarebbero inefficaci. Invero, siffatta circostanza, che, come pare evincersi dalle osservazioni stesse di tale governo, risulta dalle modalità specifiche di tali controlli, nulla toglie al carattere restrittivo della misura nazionale di cui al procedimento principale. Peraltro, il governo italiano non ha affatto dimostrato, nell'ambito della presente causa, che le diverse disposizioni previste all'articolo 71 della direttiva 2014/24, con le quali gli Stati membri possono limitare il ricorso al subappalto, nonché i possibili motivi di esclusione dei subappaltanti ai sensi dell'articolo 57 di tale direttiva, e ai quali fa riferimento l'articolo 71, paragrafo 6, lettera b), di quest'ultima, non possano essere attuate in modo tale da raggiungere l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale.

- 45 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 2014/24 dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Sulle spese

- 46 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Regan

Lycourgos

Juhász

Ilešič

Jarukaitis

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 26 settembre 2019.

Il cancelliere
A. Calot Escobar

Il presidente della Quinta Sezione
E. Regan

Deliberazione n. 32/2020/PAR



SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'EMILIA-ROMAGNA

composta dai magistrati:

dott. Marco Pieroni	presidente (relatore)
dott. Massimo Romano	consigliere
dott. Tiziano Tessaro	consigliere
dott. Khelena Nikifarava	referendario

**Adunanza del 30 aprile 2020
Richiesta di parere del Comune di Bore (PR)**

Visto l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

Vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Visto il testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 e successive modificazioni;

Visti la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e il decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, recanti disposizioni in materia di giurisdizione e di controllo della Corte dei conti;

Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti di cui alla deliberazione delle Sezioni Riunite del 16 giugno 2000, n. 14, e successive modificazioni;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Vista la legge della Regione Emilia-Romagna 9 ottobre 2009, n. 13, istitutiva del Consiglio delle autonomie locali;

Vista la deliberazione della Sezione delle autonomie del 4 giugno 2009 n. 9/ SEZAUT/2009/INPR;

Vista la deliberazione della Sezione delle autonomie del 19 febbraio 2014 n. 3/ SEZAUT/2014/QMIG;

Viste le deliberazioni delle Sezioni Riunite in sede di controllo n. 8 del 26 marzo 2010 e n. 54 del 17 novembre 2010;

Visto l'articolo 17, comma 31, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78,

convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102;

Visto l'articolo 6, comma 4, del decreto-legge 10 ottobre 2012, n. 174, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 2012, n. 213;

Vista la richiesta di parere avanzata dal Sindaco del Comune di Bore (PR) in data 10 aprile 2020;

Vista la nota di sintesi del Consiglio delle Autonomie locali della Regione Emilia-Romagna.

Vista l'ordinanza presidenziale con la quale la Sezione è stata convocata, tramite piattaforma Teams, per la camera di consiglio del 30 aprile 2020;

Udito nella camera di consiglio il relatore Marco Pieroni;

Fatto

Il Sindaco del Comune di Bore (PR) formula seguente richiesta di parere:

Per la copertura del posto vacante per autorizzazione mobilità volontaria in uscita su detto si chiede:

- I. Se sia possibile coprire il posto con procedura concorsuale essendosi conclusi con esito negativo i diversi avvisi di mobilità pubblicati?
- II. In che casistiche le cessioni di mobilità volontaria possono essere considerate come equiparabili a quelle intervenute per collocamento a riposo?
- III. E' legittimo per un Comune sotto i 1.000 abitanti avente dotazione e organica di 10 posti di cui uno vacante per mobilità categoria C in base all'art. 1, comma 562, della legge n. 296/2006¹ e dell'art. 14, comma 7, d.l. n. 95/2012², poi convertito, con modificazioni, dalla legge n. 135/2012, procedere alla copertura del suddetto posto con procedura concorsuale anziché mobilità, vista la grave carenza di organico dell'ente che potrebbe comprometterne la

1 "1.562. Per gli enti non sottoposti alle regole del patto di stabilità interno, le spese di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico delle amministrazioni e dell'IRAP, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, non devono superare il corrispondente ammontare dell'anno 2008. Gli enti di cui al primo periodo possono procedere all'assunzione di personale nel limite delle cessazioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato complessivamente intervenute nel precedente anno, ivi compreso il personale di cui al comma 558".

2 "7. Le cessazioni dal servizio per processi di mobilità, nonché quelle disposte a seguito dell'applicazione della disposizione di cui all'articolo 2, comma 11, lettera a), limitatamente al periodo di tempo necessario al raggiungimento dei requisiti previsti dall'articolo 24 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, non possono essere calcolate come risparmio utile per definire l'ammontare delle disponibilità finanziarie da destinare alle assunzioni o il numero delle unità sostituibili in relazione alle limitazioni del *turn over*".

funzionalità, tenuto conto che la disposizione di cui all'art. 14, comma 7, d.l. n. 95/2012 dovrebbe essere interpretata come principio di coordinamento della finanza pubblica, non direttamente applicabile agli enti di piccole dimensioni che in caso contrario vedrebbero gravemente pregiudicate le proprie funzioni fondamentali?

Diritto

1. Verifica dell'ammissibilità della richiesta di parere

1.1. L'articolo 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003 - disposizione che costituisce il fondamento normativo della funzione consultiva intestata alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti - attribuisce alle regioni e, di norma tramite il consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche a comuni, province e città metropolitane la facoltà di richiedere alla Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica.

Preliminarmente, la Sezione è chiamata a verificare i profili di ammissibilità soggettiva (legittimazione dell'organo richiedente) e oggettiva (attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica, sua generalità ed astrattezza, mancanza di interferenza con altre funzioni svolte dalla magistratura contabile o di diverso ordine giurisdizionale).

1.2. In relazione al primo profilo, la richiesta risulta ammissibile in quanto sottoscritta dal Sindaco del Comune.

1.3. Quanto all'ammissibilità oggettiva del quesito (cfr. Corte conti, Sez. riunite, delib. 17 novembre 2010, n. 54; Sez. autonomie, delib. n. 3/2014/SEZAUT; delib. n. 5/2006/SEZAUT), occorre stabilire se l'oggetto del quesito possa ritenersi attinente alla materia della contabilità pubblica.

Nella specie, come anche ritenuto dal CAL, detto requisito deve ritenersi sussistente tenuto conto che la richiesta di parere concerne il rispetto di norme dello Stato (art. 90 Tuel) che si riflettono sul rispetto del livello delle spese di personale, come tali riconducibili al coordinamento della finanza pubblica e dunque alla materia della contabilità pubblica.

La richiesta di parere presenta, altresì, il carattere della generalità e dell'astrattezza, giacché consente di indicare principi utilizzabili anche da parte di altri enti, qualora insorgesse un'analoga questione.

2. Quanto al merito, dopo diverse pronunce delle Sezioni regionali della Corte dei conti di segno non univoco³, la Sezione autonomie, con deliberazione n.

³ Si pensi all'orientamento che riteneva non consentito considerare la mobilità in uscita verso altro ente sottoposto a limitazioni come cessazione utile al fine di procedere a nuove

4/SEZAUT/2019/QMIG, risolvendo una specifica questione di massima, avente proprio ad oggetto i "limiti assunzionali e corretta applicazione dell'art. 1, comma 562, legge 296/2006, per gli enti di piccole dimensioni", ha ritenuto che dette amministrazioni, all'interno del limite finanziario massimo (spesa potenziale massima, cfr., d.m. 8 maggio 2018 "Linee di indirizzo", cap. 2, par. 2.1), possono procedere all'eventuale rimodulazione della dotazione organica in base ai fabbisogni programmati "garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione".

In conclusione, la Corte dei conti Sezione autonomie, con la citata deliberazione n. 4/SEZAUT/2019/QMIG, ha enunciato il seguente principio di diritto:

"Nel rispetto di tutte le altre disposizioni normative che disciplinano l'assunzione presso le amministrazioni pubbliche e ferma restando la vigenza di entrambi i vincoli posti dall'art. 1, comma 562, della legge n. 296/2006, la determinazione dei limiti assunzionali ivi contenuti, può prescindere dalla corrispondenza numerica tra personale cessato e quello assumibile, a condizione che permanga l'invarianza della spesa e, quindi, venga rispettato il tetto di spesa per il personale sostenuto nell'anno 2008. Conseguentemente, purché si verifichino dette condizioni, il limite assunzionale può ritenersi rispettato anche quando, a fronte di un'unica cessazione a tempo indeterminato e pieno, l'Ente, nell'esercizio della propria capacità assunzionale, proceda a più assunzioni a tempo parziale che ne assorbano completamente il monte ore".

3. Il quadro normativo di riferimento al quale ha fatto riferimento la Sezione autonomie è nel frattempo mutato.

Difatti, in tema di assunzioni di personale a tempo indeterminato da parte

assunzioni dall'esterno (si rinvia, per tutte, alla delibera di Sezioni Riunite n. 59/CONTR/2010). In termini analoghi, si esprime la Sezione regionale di controllo per la Campania (delib. n. 37/2014), secondo la quale il sopravvenuto disposto dell'art. 14, comma 7, del d.l. n. 95/2012, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 135 (nel testo così sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. b, d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. in legge 30 ottobre 2013, n. 125) avrebbe dissolto ogni residua possibilità di operare, *in subjecta materia*, distinzioni di disciplina, agli effetti del regime della "neutralità finanziaria" per settore, in ragione del fatto che le Amministrazioni implicate fossero soggette o meno alle regole del patto di stabilità. Sicché, sulla base della considerazione che tale ultima norma considera la spesa relativa al personale ceduto come non defalcabile, né da quella da prendersi in considerazione ai fini della determinazione del tetto massimo della spesa del personale, né da quella relativa al *turn over* (senza ulteriori distinzioni), si concludeva che l'ente cedente in nessun caso (e, quindi, neppure qualora esso non fosse astretto all'osservanza del patto di stabilità) avrebbe potuto considerare la spesa, relativa all'unità di personale ceduta, come defalcabile dagli importi da prendere in considerazione ai fini dell'assunzione di personale dall'esterno (Corte conti, Sez. reg. contr. Campania n. 37/2014).

dei comuni, è intervenuto l'art. 33, comma 2⁴, del d.l. n. 34/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 58/2019, poi modificato dall'art. 17, comma 1-*ter*, d.l. n. 162/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 8/2020.

In base a tale nuova disciplina, "i comuni possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale e fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti dubbia esigibilità stanziato in

4 "2. A decorrere dalla data individuata dal decreto di cui al presente comma, anche per le finalità di cui al comma 1, i comuni possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale e fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'interno, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono individuate le fasce demografiche, i relativi valori soglia prossimi al valore medio per fascia demografica e le relative percentuali massime annuali di incremento del personale in servizio per i comuni che si collocano al di sotto del valore soglia prossimo al valore medio, nonché un valore soglia superiore cui convergono i comuni con una spesa di personale eccedente la predetta soglia superiore. I comuni che registrano un rapporto compreso tra i due predetti valori soglia non possono incrementare il valore del predetto rapporto rispetto a quello corrispondente registrato nell'ultimo rendiconto della gestione approvato. I comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti che si collocano al di sotto del valore soglia di cui al primo periodo, che fanno parte delle "unioni dei comuni" ai sensi dell'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, al solo fine di consentire l'assunzione di almeno una unità possono incrementare la spesa di personale a tempo indeterminato oltre la predetta soglia di un valore non superiore a quello stabilito con decreto di cui al secondo periodo, collocando tali unità in comando presso le corrispondenti unioni con oneri a carico delle medesime, in deroga alle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa di personale. I predetti parametri possono essere aggiornati con le modalità di cui al secondo periodo ogni cinque anni. I comuni in cui il rapporto fra la spesa di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, e la media delle predette entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati risulta superiore al valore soglia superiore adottano un percorso di graduale riduzione annuale del suddetto rapporto fino al conseguimento nell'anno 2025 del predetto valore soglia anche applicando un *turn over* inferiore al 100 per cento. A decorrere dal 2025 i comuni che registrano un rapporto superiore al valore soglia superiore applicano un *turn over* pari al 30 per cento fino al conseguimento del predetto valore soglia superiore. Il limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, è adeguato, in aumento o in diminuzione, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite, riferito all'anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018".

bilancio di previsione”.

A tale norma è stata data attuazione con l’emanazione del decreto 17 marzo 2020 della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica, recante “Misure per la definizione delle capacità assunzionali di personale a tempo indeterminato dei comuni”.

Il decreto, emanato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'interno, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, individua: le fasce demografiche (art. 3); i relativi valori soglia prossimi al valore medio per fascia demografica (art. 4); le relative percentuali massime annuali di incremento del personale in servizio per i comuni che si collocano al di sotto del valore soglia prossimo al valore medio (art. 5); nonché un valore soglia superiore cui convergono i comuni con una spesa di personale eccedente la predetta soglia superiore (art. 6).

3.1. In base al citato art. 33, comma 2, del d.l. n. 34/2019, gli spazi assunzionali del personale a tempo indeterminato potranno dunque essere calibrati per ente, sulla base di uno specifico sistema di virtuosità dell’equilibrio finanziario configurato dalla norma e dal decreto ministeriale attuativo: i comuni possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato, in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale, fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente⁵ (art. 2, comma 1, lett. a), al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione.

3.2. Con specifico riferimento alla disciplina previgente (art. 1, comma 562, l. n. 296/2006), l’art. 7 del citato decreto 17 marzo 2020 dispone che “La maggior spesa per assunzioni di personale a tempo indeterminato derivante da quanto previsto dagli articoli 4 e 5 non rileva ai fini del rispetto del limite di spesa previsto dall'art. 1, commi 557-*quater* e 562, della legge 27 dicembre 2006, n.

⁵ “a) spesa del personale: impegni di competenza per spesa complessiva per tutto il personale dipendente a tempo indeterminato e determinato, per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'art. 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente, al lordo degli oneri riflessi ed al netto dell'IRAP, come rilevati nell'ultimo rendiconto della gestione approvato;”.

296”.

3.3. Deve aggiungersi che, a differenza di quanto espressamente previsto dal citato art. 1, comma 562, la nuova disciplina non fa più riferimento ad un “limite di spesa” e cioè all’ammontare della spesa complessiva per il personale sostenuto dall’ente nel 2008, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali (cfr. Corte conti, Sez. aut. n. 4/SEZAUT/2019/QMIG), ma individua una diversa modalità di governo della spesa corrente per spesa di personale, e cioè una “facoltà assunzionale” dell’ente calcolata sulla base di un valore di soglia, definito come percentuale, differenziata per fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati dall’ente, calcolate al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità (FCDE).

Si tratta dunque di una diversa regola assunzionale con la quale viene indirettamente sollecitata la cura dell’ente nella riscossione delle entrate e la definizione, con modalità accurate, del FCDE. Sicché, nel momento in cui l’ente procederà a bandire una procedura per l’assunzione di una o più unità di personale a tempo indeterminato occorrerà verificare se sussistano gli spazi assunzionali consentiti dal valore di soglia di spesa come sopra disciplinato.

L’omesso riferimento agli “oneri relativi ai rinnovi contrattuali” (espressamente escluso dal limite di spesa previsto dall’art.1, comma 562) appare del tutto coerente con la nuova modalità di governo della spesa introdotta dal legislatore; infatti, mentre lo spazio assunzionale consentito all’ente va calcolato sulla base della descritta disciplina, il controllo sulla copertura e sulla compatibilità dei costi quantificati del Ccnl per il comparto Regioni Enti locali con gli strumenti di programmazione e di bilancio seguirà le regole proprie stabilite dagli artt. 40 del d.lgs. n. 165/2001 per i controlli finanziari previsti in relazione agli oneri recati dai rinnovi contrattuali. Sotto questo profilo, le due modalità di determinazione della spesa per assunzioni a tempo indeterminato (quella prevista dal comma 562 e quella introdotta dal d.l. n. 34/2019) nella sostanza coincidono.

3.4. Elemento differenziale da segnalare è dato anche dalla non riconduzione dell’Irap tra le spese da prendere in considerazione per quantificare le spese del personale (art. 2, comma 1, lett. a, del d.m.); si tratta, tuttavia, di una differenza da ritenere coerente con il diverso modello di governo delle assunzioni da parte dei comuni sopra descritta che, anziché prevedere un limite di spesa, e cioè un parametro economico, di *stock*, a carattere rigido (come quello di cui al citato art.1, comma 562), stabilisce una diversa modalità di calcolo dello spazio assunzionale dell’ente, facendo riferimento ad un parametro finanziario, di flusso, a carattere flessibile.

La peculiarità del nuovo parametro è dunque la flessibilità che in una situazione fisiologica (e dunque al netto di quella contingente, eccezionale e di emergenza) responsabilizza l'ente sul versante della riscossione delle entrate il cui gettito medio nel triennio potrà, se in aumento, offrire anche ulteriori spazi assunzionali.

3.5. Tenuto conto di quanto precede, i quesiti *sub I* e *III* vanno risolti in base alla normativa descritta nel punto **3** della presente deliberazione.

4. Il quesito *sub II*, tenuto conto del contesto e delle finalità cui intende fare riferimento l'Ente, va risolto nel senso che, ai fini della sostituzione di nuovo personale in uscita per mobilità, il Comune potrà valutare la sussistenza dello "spazio assunzionale" alla luce dei criteri introdotti dalla nuova normativa (cfr., precedente punto **3**); sicché, il tema dell'equiparabilità della cessazione per mobilità a quella derivante da collocamenti a riposo può ritenersi assorbito dalle risposte fornite ai precedenti quesiti *sub I* e *III*.

5. Alla luce di quanto precede, la risposta ai quesiti *sub I* e *III* formulati dal Comune è indicata al precedente punto **3**; la risposta di cui al quesito *sub II* è espressa alla lettera **4**;

P.Q.M.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per l'Emilia-Romagna esprime il proprio parere riportato in epigrafe: sui quesiti *sub I* e *III*, secondo quanto indicato al punto **3**; sul quesito *sub II*, secondo quanto indicato al punto **4**.

DISPONE

- che la deliberazione sia trasmessa - mediante posta elettronica certificata - al Sindaco del Comune di Bore e al Presidente del Consiglio delle Autonomie locali della Regione Emilia-Romagna;
- che l'originale resti depositato presso la segreteria di questa Sezione regionale di controllo.

Rammenta l'obbligo di pubblicazione della deliberazione sul sito Internet istituzionale ai sensi degli articoli 2 e 31 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Così deliberato in Bologna, nell'adunanza del 30 aprile 2020.

Il presidente e relatore

(*Marco Pieroni*)

PIERONI MARCO
CORTE DEI
CONTI
03.05.2020
13:29:02 CEST

Depositata in segreteria nella data di apposizione della
firma del Funzionario preposto.

Il direttore di segreteria

(Rossella Broccoli)

Firmato digitalmente da

ROSSELLA BROCCOLI

O = Corte Dei Conti

80218670588

C = IT



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Maria Riolo	Presidente
dott. Marcello Degni	Consigliere
dott. Giampiero Gallo	Consigliere
dott. Luigi Burti	Consigliere (relatore)
dott.ssa Alessandra Cucuzza	Referendario
dott.ssa Marinella Colucci	Referendario
dott. Giuseppe Vella	Referendario
dott.ssa Rita Gasparo	Referendario
dott. Francesco Liguori	Referendario
dott.ssa Alessandra Molina	Referendario
dott.ssa Valeria Fusano	Referendario

nell'adunanza da remoto del 28 luglio 2020 ex art. 85, comma 3, lett. e), del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020 n. 27, come modificato dal decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito con la legge 25 giugno 2020 n. 70, emergenza epidemiologica COVID-19, ha pronunciato la seguente

DELIBERAZIONE

Sulla richiesta di parere del Comune di Castel Goffredo (MN)

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

VISTA la legge 21 marzo 1953, n. 161;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

VISTA la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

VISTO il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131;

VISTA la nota del 2 luglio 2020 prot. 9615 con cui il Sindaco del comune di Castel Goffredo ha formulato richiesta di parere;

VISTA l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta di parere;

VISTO l'art. 85 (*"Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia contabile"*) del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che al comma 3, lett. e) prevede lo svolgimento delle udienze e delle adunanze mediante collegamenti da remoto, specificando che *"Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato aula di udienza o di adunanza o Camera di consiglio a tutti gli effetti di legge. Le sentenze, le ordinanze, i decreti, le deliberazioni e gli altri atti del processo e del procedimento di controllo possono essere adottati mediante documenti informatici e possono essere firmati digitalmente, anche in deroga alle disposizioni vigenti"*;

VISTO il Decreto del Presidente della Corte dei conti 1° aprile 2020 (pubblicato sulla G.U. n. 89 del 3/4/2020), contenente *"Regole tecniche ed operative in materia di svolgimento delle udienze in videoconferenza e firma digitale dei provvedimenti del giudice dinanzi alla Corte dei conti"*;

VISTO il Decreto del Presidente della Corte dei conti 18 maggio 2020 (pubblicato sulla G.U. n. 131 del 22/5/2020), contenente *"Regole tecniche e operative in materia di svolgimento delle camere di consiglio e delle adunanze in videoconferenza e firma digitale dei provvedimenti dei magistrati nelle funzioni di controllo della Corte dei conti"*, che all'art. 3 prevede, tra l'altro, che i giudizi di parificazione possono svolgersi mediante collegamenti da remoto;

UDITO il relatore dott. Luigi Burti

PREMESSO IN FATTO

Con la nota sopra citata, il sindaco del comune di Castel Goffredo dopo aver richiamato l'art. 33, comma 2, del D.L. 34/2019 e il D.M del 17 marzo 2020 e aver fatto talune riflessioni sull'argomento, formula una serie di domande che di seguito si riportano:

"1) sulla costituzione del fondo prima del 31 dicembre e del suo aggiornamento tecnico successivo, come sopra descritto, al fine di poter concludere la sottoscrizione del CCDI economico 2020 in tempi ragionevoli, nonostante il virus COVID-19;

2) sulle concrete modalità di calcolo del salario medio procapite. Questo Comune ritiene che ci si dovrebbe riferire all'importo del Fondo al netto dei valori non soggetti al limite, quali ad esempio i piani di razionalizzazione, le funzioni tecniche, gli incentivi IMU/TARI, e, pertanto, riferirsi al totale depurato delle voci non soggette al vincolo art. 23, comma 2, D.lgs. n. 75/2017;

3) se è possibile considerare, ai fini del calcolo del salario medio, solo il Fondo Risorse Decentrate, con riferimento al solo personale dipendente senza le posizioni organizzative, nel caso in cui l'amministrazione abbia già deciso il non incremento del fondo delle P.O., in caso di aumento del numero dei dipendenti in servizio al 31/12/2020 rispetto a quelli al 31/12/2018. Da una simulazione fatta risulta peraltro un incremento inferiore e quindi più prudente. Nondimeno non è possibile ex Lege procedere ad un incremento del Fondo Lavoro Straordinario;

4) come si determina il numero dei dipendenti in servizio al 31/12/2018;

5) come si determina il numero dei dipendenti in servizio al 31/12/2020;

6) come si procede a quantificare l'aumento del fondo nel 2020 nel caso in cui, ad esempio, nel medesimo anno le assunzioni avverranno dal 01/10/2020? E a regime nel 2021?

7) con riferimento a quale norma del CCNL/2018 si aggiungono le risorse al Fondo?

8) come si procede se ad esempio al 31/12/2021 il numero dei dipendenti in servizio è inferiore a quello considerato al 31/12/2020 e per il quale è stato definito l'incremento del fondo 2020?"

CONSIDERATO IN DIRITTO

L'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante "disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3", prevede che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possano richiedere pareri in materia di contabilità pubblica alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti.

Quest'ultime risultano quindi investite, per effetto della legge sopra citata, di una nuova funzione di consulenza che si affianca a quella del controllo sulla sana gestione finanziaria

degli enti locali, previsto dal precedente comma 7, quale ulteriore esplicazione delle "forme di collaborazione" tra la Corte dei conti e le autonomie territoriali promossa dalla stessa legge al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica.

La Sezione Autonomie della stessa Corte dei conti, con atto del 27 aprile 2004, in seguito integrato con le deliberazioni n. 5/AUT/2006 e n. 9/SEZAUT/2009, ha fissato i principi e le modalità per l'esercizio della funzione consultiva sopra descritta, individuando, tra l'altro, i soggetti legittimati alla richiesta di parere e le singole materie riconducibili alla nozione di contabilità pubblica.

Questa Sezione regionale è quindi chiamata a verificare, in via preliminare, l'ammissibilità della richiesta in esame, sia sotto il profilo soggettivo (legittimazione dell'organo richiedente) sia sotto il profilo oggettivo (attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica).

I. Ammissibilità soggettiva. Sotto il profilo soggettivo, la legittimazione ad avvalersi della funzione consultiva è circoscritta ai soli enti esplicitamente indicati ex lege, attesa la natura speciale che tale funzione assume rispetto all'ordinaria sfera di competenze della Corte dei conti.

In particolare, ai sensi dell'art. 7, co. 8, della legge n. 131/2003, possono richiedere pareri in materia di contabilità pubblica alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, oltre le Regioni, anche i Comuni, le Province e le Città metropolitane, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito.

L'elencazione dei soggetti legittimati ad attivare la funzione consultiva è stata ritenuta di natura tassativa da una consolidata giurisprudenza contabile.

Nel dettaglio, come chiarito a fini di coordinamento dalla Sezione delle Autonomie, con la pronuncia n. 13/AUT/07 del 12-17 dicembre 2007 (a conferma dell'orientamento già espresso con la precedente decisione del 27 aprile 2004, sugli "Indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva", diramati alle Sezioni regionali con la nota del Presidente della Corte dei conti, n. 6482 del 20 maggio 2004), la legittimazione alla richiesta di parere, ai sensi della menzionata disposizione di legge, "è circoscritta ai soli enti previsti dalla norma, stante la natura speciale che essa assume, rispetto all'ordinaria sfera di competenze assegnate alla Corte", ribadendo che l'elencazione contenuta nel menzionato comma 8 va considerata tassativa e che deve escludersi la possibilità di estendere ad altri enti la legittimazione a chiedere pareri alla Corte dei conti.

La natura tassativa dell'elenco - ha precisato la Sezione delle Autonomie - "è provata anche dalla considerazione che l'elencazione (Regioni, Comuni, Province, Città metropolitane)

riproduce letteralmente quella dell'articolo 114 della Costituzione, nel testo sostituito dall'art. 1 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, della quale l'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003 è norma di attuazione" (pronuncia n. 13/AUT/07 cit.).

La legittimazione alla richiesta di parere, inoltre, per i riflessi che ne possono scaturire sulla gestione finanziaria dell'ente, deve essere riconosciuta all'organo legislativamente investito della rappresentanza legale dell'ente medesimo ed individuabile, di regola, nel Presidente della Giunta regionale, nel Sindaco e nel Presidente della Provincia.

La richiesta di parere in esame, proviene dal sindaco e pertanto è ammissibile;

II. Ammissibilità oggettiva.

La funzione di consulenza riconosciuta alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti non è quindi di carattere generale, ma, coerentemente con le finalità di coordinamento della finanza pubblica perseguite dalla legge attributiva, si esplica esclusivamente su quesiti attinenti all'interpretazione di norme di contabilità e finanza pubblica, in modo da assicurarne una uniforme applicazione da parte delle autonomie territoriali.

Le Sezioni Riunite della Corte dei conti, chiamate a pronunciarsi nell'esercizio delle funzioni di coordinamento ad esse assegnate dall'art. 17, comma 31, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, con la deliberazione n. 54/2010, hanno precisato che la funzione consultiva deve svolgersi anche in ordine a quesiti che risultino connessi alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, nel quadro di specifici obiettivi di contenimento della spesa sanciti dai principi di coordinamento della finanza pubblica, e in grado di ripercuotersi direttamente sulla sana gestione finanziaria dell'ente e sui pertinenti equilibri di bilancio.

Si ritiene, in ogni caso, che il parere possa essere fornito solo rispetto a questioni di carattere generale che si prestino ad essere considerate in astratto, escludendo ogni valutazione su atti o casi specifici che determinerebbe un'ingerenza della Corte nella concreta attività dell'ente e, in ultima analisi, una compartecipazione all'amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà ed indipendenza riconosciuta alla Corte dei conti dalla Costituzione repubblicana.

Le Sezioni regionali non possono pronunciarsi, inoltre, su quesiti che implicino valutazioni di comportamenti amministrativi suscettibili di interferire con altre funzioni intestate alla stessa Corte dei conti, ad altri organi giurisdizionali o a soggetti pubblici investiti dalla legge di funzioni di controllo o consulenza in determinate materie.

Giova inoltre ricordare la deliberazione n. 5/2006/SEZAUT nella quale si è affermato che «la materia della contabilità pubblica (...) non potrebbe investire qualsiasi attività degli enti che abbia

comunque riflessi di natura finanziaria-patrimoniale», in quanto «ciò non solo rischierebbe di vanificare lo stesso limite imposto dal legislatore, ma comporterebbe l'estensione dell'attività consultiva delle Sezioni regionali a tutti i vari ambiti dell'azione amministrativa con l'ulteriore conseguenza che le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti diventerebbero organi di consulenza generale delle autonomie locali. In tal modo, la Corte verrebbe, in varia misura, inserita nei processi decisionali degli enti, condizionando quell'attività amministrativa su cui è chiamata ad esercitare il controllo che, per definizione, deve essere esterno e neutrale».

Tutto ciò premesso, nel caso di specie, i quesiti posti dal Comune di Castel Goffredo sono ammissibili laddove non si riferiscono all'interpretazioni di norme dei Contratti Collettivi NL, posto che l'interpretazione di tali disposizioni, come è noto, sono escluse dall'ambito di competenza della Corte. Il riscontro ai quesiti avverrà soltanto nella parte in cui non interferiscono con l'interpretazione di disposizioni contrattuali e non riguardano la definizione di procedure amministrative di competenza dell'Ente. (cfr. deliberazione Sez. riunite n. 56 del 2 novembre 2011): *“in sede consultiva e di nomofilachia, le Sezioni della Corte dei conti non possono rendere parere sull'interpretazione e sul contenuto della norma del contratto collettivo nazionale di lavoro (...) poiché, come più volte specificato, l'interpretazione delle norme contrattuali rientra nelle funzioni che il legislatore ha attribuito all'ARAN”.* (Cfr. Corte conti, sez. reg. contr. Piemonte, 30.10.2015 n. 158; Corte conti, sez. reg. contr. Lombardia 11.9.2015 n. 271).

Merito

Occorre richiamare in primo luogo la norma su cui verte il quesito del Comune, ossia l'art 33, comma 2, del D.L. 30 aprile 2019 n. 34, convertito nella legge 28 giugno 2019 n. 58, laddove dispone che: *“Il limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 27 maggio 2017, n. 75 è adeguato, in aumento o in diminuzione, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite, riferito all'anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018”*

Dal D.M. 17 marzo 2020 di attuazione delle disposizioni del d. l. 34/2019, si evince che resta comunque ferma l'irriducibilità per il trattamento accessorio del limite rappresentato dall'importo determinato per l'anno 2016, laddove nella Premessa dello stesso D.M. si legge *“Rilevato che il limite al trattamento economico accessorio di cui all'art. 23, comma 2 del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, è adeguato, in aumento e in diminuzione ai sensi dell'art. 33, comma 1 del decreto-legge n. 34 del 2019, per garantire il valore medio pro capite riferito all'anno 2018, ed in*

particolare è fatto salvo il limite iniziale qualora il personale in servizio è inferiore al numero rilevato al 31 dicembre 2018”.

Precisato il quadro normativo di riferimento, i quesiti di cui ai punti 2 e 3 sebbene formulati con riferimento a *“modalità di calcolo del salario medio pro capite”* si riferiscono evidentemente, stante il richiamo normativo nelle premesse dell’istanza, al valore medio pro capite del trattamento economico accessorio.

Il legislatore, con il riportato art. 33, comma 2, al fine di superare la rigidità del vincolo sancito dall’art 23 comma 2 del decreto legislativo 75/2017, per la determinazione del trattamento accessorio del personale degli enti locali il cui tetto era costituito da quello definito nel 2016, ha inteso adeguare il suddetto istituto in maniera flessibile al valore medio pro-capite del fondo e consentire ,così, una quantificazione dello stesso in ragione di una spesa che resterà invariata per quanto attiene al valore medio fissato al 31 dicembre 2018.

Per la determinazione del “ valore medio pro-capite” occorre considerare (sommare) sia il valore del fondo relativo alle risorse per la contrattazione decentrata sia le risorse destinate alla remunerazione delle P.O. L’interpretazione letterale dell’art 33 della D.L.34/2019 nella parte sopra riportata non consente una scissione tra le due componenti in quanto la disposizione in commento dopo aver affermato la necessità di garantire *“l’invarianza del valore medio pro-capite, riferito all’anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa ”* aggiunge l’espressione *“nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018”* .

Tale interpretazione oltre ad essere supportata dal dato letterale, è suffragata dal richiamo della disposizione stessa all’art. 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017 n. 75, che stabilisce *“a decorrere dal 1° gennaio 2017, l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2016.”*, fissando un limite al “trattamento accessorio” globalmente inteso senza distinzione alcuna ai fini della determinazione del tetto massimo.

Per stabilire il valore medio pro capite previsto dall’art 33, comma 2, del D.L. 34/2019 in argomento, non vi sono, quindi, elementi che possano portare a una diversificazione dei fondi ai fini che qui interessano.

In senso conforme è la deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Liguria PAR 56/2019 *“La differente modalità di copertura finanziaria non ha inciso, tuttavia, sul limite di finanza*

pubblica da osservare ai sensi dell'art. 23, comma 2 del D. Lgs. n. 75/2017. Infatti, l'art. 67, comma 7 del nuovo CCNL, sopra menzionato, ha confermato, in modo esplicito, che "la quantificazione del Fondo risorse decentrate e di quelle destinate agli incarichi di posizione organizzativa, di cui all'art. 15, comma 5, deve comunque avvenire, complessivamente, nel rispetto dell'art. 23, comma 2 del D. Lgs. n. 75/2017 (Cfr. anche Sezione regionale di controllo Basilicata n. 2/2019/PAR, Sezione controllo Lombardia, n. 200/2018/PAR).

D'altra parte anche sotto un profilo logico e pragmatico non sarebbe di nessuna utilità considerare in maniera distinta le risorse delle P.O. per determinare un valore medio delle stesse non solo per la diversificazione notevole dei valori che possono interessare le posizioni organizzative, ma soprattutto perché in caso di costituzione di nuove posizioni organizzative la norma non consentirebbe una variazione in aumento del suddetto valore medio.

In conclusione, per determinare il costo medio pro-capite occorre procedere sommando il valore del fondo per la contrattazione decentrata con il valore complessivo delle risorse destinate al finanziamento delle P.O. e dividere l'importo risultante per il numero di tutti i dipendenti in servizio al 31/12/2018, comprese le posizioni organizzative.

La quantificazione del fondo, ai fini della determinazione del valore medio poi, deve essere fatta con riferimento soltanto a quelle voci che concorrono a determinare il tetto del trattamento accessorio di cui all'art 23 del decreto legislativo 75/2017.

Il Collegio non può dare riscontro ai quesiti di cui ai n 1) 4) 5)6) 7)8), che non richiedono l'interpretazione di norme di contabilità pubblica, ma attengono alla richiesta di individuazione di norme contrattuali o alla definizione di procedure amministrative di competenza dell'Ente ovvero risultano incomprensibili (quesito n.1) e pertanto sono inammissibili.

P.Q.M.

Nelle considerazioni che precedono è il parere della Sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia,

Il Relatore
(dott. Luigi Burti)

Il Presidente
(dott.ssa Maria Riolo)

Depositata in Segreteria

30 luglio 2020

Il Funzionario preposto al servizio di supporto
(Susanna De Bernardis)



CORTE COSTITUZIONALE

La Costituzione
della
Repubblica Italiana
conserva i diritti fondamentali dell'uomo
e i valori della democrazia
I Presidenti della Corte
1 - Giorgio Napolitano

Sentenza 131/2020

Giudizio GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE

Presidente **CARTABIA** - Redattore **ANTONINI**

Udienza Pubblica del 20/05/2020 Decisione del 20/05/2020

Deposito del 26/06/2020 Pubblicazione in G. U. 01/07/2020

Norme impugnate: Art. 5, c. 1°, lett. b), della legge della Regione Umbria 11/04/2019, n. 2.

Massime:

Atti decisi: ric. 70/2019

SENTENZA N. 131

ANNO 2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Marta CARTABIA; Giudici : Aldo CAROSI, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 11 aprile 2019, n. 2 (Disciplina delle cooperative di comunità), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 17-20 giugno 2019, depositato in cancelleria il 19 giugno 2019, iscritto al numero 70 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica numero 32, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Visto l'atto di costituzione della Regione Umbria;

udito il Giudice relatore Luca Antonini ai sensi del decreto della Presidente della Corte del 20 aprile 2020, punto 1), lettere a) e c), in collegamento da remoto, senza discussione orale, in data 20 maggio 2020;

deliberato nella camera di consiglio del 20 maggio 2020.

Ritenuto in fatto

1.– Con ricorso notificato il 17-20 giugno 2019 e depositato il 19 giugno 2019 (reg. ric. n. 70 del 2019), il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso – in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 11 aprile 2019, n. 2 (Disciplina delle cooperative di comunità).

Ai fini di tale legge regionale, e «in assenza di norme nazionali che le riconoscano, sono considerate “cooperative di comunità” le società cooperative, costituite ai sensi degli articoli 2511 e seguenti del codice civile ed iscritte all'Albo delle cooperative di cui all'articolo 2512 del codice civile e all'articolo 223-sexiesdecies delle disposizioni per l'attuazione del codice civile, le quali, anche al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico, degrado sociale urbanistico, perseguono l'interesse generale della comunità in cui operano, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi, nonché alla valorizzazione, gestione o all'acquisto collettivo di beni o servizi di interesse generale» (art. 2); tali cooperative, oltre a rispettare quanto previsto dalle norme del codice civile in materia di società cooperative, stabiliscono la propria sede e operano in uno o più Comuni della Regione, nonché prevedono nello statuto o nel regolamento forme di coinvolgimento dei soggetti appartenenti alla comunità di riferimento, modalità di partecipazione degli stessi all'assemblea dei soci e la possibilità di nominarli nel consiglio di amministrazione.

Tali cooperative hanno «come obiettivo la produzione di vantaggi a favore di una comunità territoriale definita alla quale i soci promotori appartengono o eleggono come propria nell'ambito di iniziative a sostegno dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale volte a rafforzare il sistema produttivo integrato e a valorizzare le risorse e le vocazioni territoriali e delle comunità locali nonché a favorire la creazione di offerte di lavoro» (art. 1).

Sono previsti sia la istituzione, presso la Giunta regionale, di un albo regionale delle cooperative di comunità (art. 3), sia interventi finalizzati a sostenere il processo di sviluppo di tali cooperative, consistenti in finanziamenti agevolati, contributi in conto capitale e incentivi per la creazione di nuova occupazione (art. 4).

L'art. 5, rubricato «Strumenti e modalità di raccordo», al comma 1 prevede tra l'altro che la Regione «riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare [...] b) disciplina le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale».

La disposizione statale richiamata stabilisce al comma 1 che le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività degli enti del Terzo settore (ETS), assicurano il coinvolgimento attivo di questi ultimi «attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona», definendo nei commi successivi i caratteri essenziali delle tre suddette forme.

1.1.– Secondo il ricorrente, la disposizione recata dall'impugnato art. 5, comma 1, lettera b), si porrebbe in contrasto con quella statale da essa richiamata perché prevederebbe il coinvolgimento anche delle cooperative di comunità nelle attività di programmazione, progettazione e accreditamento: infatti, l'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106», limiterebbe detto coinvolgimento ai soli ETS, elencati dall'art. 4 dello stesso decreto, tra i quali non sarebbero ricomprese le cooperative di comunità.

In aggiunta, si sottolinea che il coinvolgimento delle cooperative di comunità previsto dalla norma regionale comporterebbe «nella sostanza, l'omologazione di quelle agli enti del Terzo settore i quali, invece, così come tassativamente elencati, sono gli unici soggetti legittimati, secondo la normativa statale di riferimento, a partecipare attivamente alla programmazione statale degli interventi di utilità sociale».

In tal modo, la norma regionale avrebbe ampliato il novero dei soggetti del Terzo settore, individuati e disciplinati dalla legge statale e dal diritto privato, così invadendo la materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. (è richiamata la sentenza n. 185 del 2018).

2.– Con atto depositato il 26 luglio 2019 si è costituita la Regione Umbria, in persona del Presidente pro tempore, chiedendo che il ricorso sia dichiarato infondato.

La resistente evidenzia anzitutto che le cooperative di comunità, pur essendo ormai molto diffuse sul territorio, non sono normativamente disciplinate a livello nazionale.

Ricorda poi i contenuti di una proposta di legge di iniziativa parlamentare presentata alla Camera dei deputati nella XVII legislatura, avente a oggetto proprio la disciplina di tali cooperative, mai divenuta legge.

Segnala anche che diverse Regioni hanno approvato norme sulle cooperative di comunità con specifiche leggi (Abruzzo, Liguria, Puglia, Sardegna e Sicilia) oppure inserendo articoli a queste dedicati nelle leggi regionali sulla cooperazione (Basilicata, Emilia-Romagna, Lombardia e Toscana).

2.1.– Con riferimento al motivo di ricorso, la Regione Umbria osserva che dalla definizione di cooperativa di comunità fornita dall'art. 2 della legge regionale impugnata risulterebbero «evidenti [...] le finalità di carattere sociale perseguite da tale tipo di società», e ciò farebbe ritenere le cooperative di comunità sempre ricomprese nell'ambito degli ETS tra i quali l'art. 4 del d.lgs. n. 117 del 2017 menziona «le imprese sociali, incluse le cooperative sociali».

In particolare, la definizione di impresa sociale è fornita dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante «Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106» e le cooperative di comunità ben vi rientrerebbero poiché tale norma statale consente di acquisire la qualifica di impresa sociale a tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti in forma di società, che, in conformità alle disposizioni del citato decreto, «esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività».

A sostegno della qualificazione delle cooperative di comunità come specifica forma di impresa sociale la resistente riporta anche alcuni passaggi dello «Studio di fattibilità per lo sviluppo delle cooperative di comunità», tratto dal sito del Ministero dello sviluppo economico.

In conclusione, le cooperative di comunità, in quanto riconducibili al modello della impresa sociale, rientrerebbero nell'ambito degli ETS e, pertanto, la norma regionale impugnata non violerebbe in alcun modo la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia dell'ordinamento civile.

3.– Il Presidente del Consiglio dei ministri ha depositato una memoria con la quale replica agli argomenti esposti dalla Regione Umbria nell'atto di costituzione nonché, in prossimità dell'udienza, delle brevi note ai sensi del decreto della Presidente della Corte del 20 aprile 2020, punto 1), lettera c).

In particolare, la memoria sottolinea che il d.lgs. n. 112 del 2017, innovando rispetto alla previgente disciplina della impresa sociale (contenuta nel decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155 recante «Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118», oggi abrogato), non farebbe più riferimento «al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale» (art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 155 del 2006), ma all'esercizio, in via stabile e principale, di «un'attività di impresa di interesse generale» (art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 112 del 2017). Inoltre, l'elenco delle attività considerate di interesse generale, contenuto nell'art. 2, ricalcherebbe solo in parte quello dell'abrogato art. 2 del d.lgs. n. 155 del 2006, avendo aggiunto molti altri settori in cui l'impresa sociale può esercitare l'attività.

Ricorda poi che il citato d.lgs. n. 112 del 2017 equipara ex lege alle imprese sociali le cooperative sociali costituite ai sensi della legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), a prescindere dal possesso, da parte delle seconde, di tutti i requisiti che, per lo stesso decreto delegato, un'impresa deve necessariamente possedere per poter essere qualificata come impresa sociale.

La memoria afferma quindi che le cooperative di comunità, come individuate dal legislatore umbro, non presenterebbero le caratteristiche né delle imprese sociali, né delle cooperative sociali, essendo prive dei connotati tipici e propri di tali tipologie di imprese. Ciò in quanto la forma societaria normata dall'art. 2 della legge regionale impugnata si caratterizzerebbe soltanto per il semplice e generico scopo mutualistico proprio di tutte le società cooperative, ai sensi dell'art. 2511 del codice civile, e non integrerebbe, soprattutto sul piano oggettivo, «le tipologie, d'impresa e societarie, puntualmente definite e disciplinate, rispettivamente, dal d.lgs. n. 112/2017 e dalla l. n. 381/1991», in ragione delle specifiche e tassative attività esercitate.

Quanto ai contenuti dello studio di fattibilità richiamato dalla difesa della Regione, la memoria non li ritiene rilevanti: per un verso, il documento risale al 2016, ed è quindi anteriore sia alla revisione della disciplina in materia di impresa sociale, sia alla riforma degli ETS; per altro verso, il fatto che lo stesso analizza le cooperative di comunità essenzialmente dal punto di vista sociale ed economico confermerebbe che si sarebbe in presenza di un fenomeno non giuridico.

Nelle brevi note, il ricorrente ribadisce che il coinvolgimento nelle attività di cui all'art. 55 del d.lgs. n. 117 del 2017 sarebbe riservato ai soli ETS; pertanto, non ne avrebbero titolo i «soggetti che, pur presentando tratti per certi versi assimilabili a quelli degli enti tipizzati» – ma tali non sarebbero le cooperative di comunità –, non possiedono la qualifica di ETS. Le eventuali eccezioni a tale regola sarebbero puntualmente previste e disciplinate dal d.lgs. n. 117 del 2017 che, infatti, ha espressamente individuato ipotesi di enti del Terzo settore ex lege, quali le cooperative sociali costituite ai sensi della legge n. 381 del 1991 e l'Associazione della Croce Rossa italiana.

Considerato in diritto

1.– Con il ricorso in epigrafe, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso – in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 11 aprile 2019, n. 2 (Disciplina delle cooperative di comunità).

La legge regionale in esame considera cooperative di comunità le società cooperative che «anche al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico, degrado sociale urbanistico, perseguono l'interesse generale della comunità in cui operano, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi, nonché alla valorizzazione, gestione o all'acquisto collettivo di beni o servizi di interesse generale» (art. 2).

Secondo la suddetta legge regionale, le società cooperative, per ottenere il riconoscimento di cooperativa di comunità, stabiliscono la propria sede e operano in uno o più Comuni della Regione, nonché prevedono nello statuto o nel regolamento forme di coinvolgimento dei soggetti appartenenti alla comunità di riferimento, modalità di partecipazione degli stessi all'assemblea dei soci e la possibilità di nominarli nel consiglio di amministrazione. Tali cooperative, infatti, hanno «come obiettivo la produzione di vantaggi a favore di una comunità territoriale definita alla quale i soci promotori appartengono o eleggono come propria nell'ambito di iniziative a sostegno dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale volte a rafforzare il sistema produttivo integrato e a valorizzare le risorse e le vocazioni territoriali e delle comunità locali nonché a favorire la creazione di offerte di lavoro» (art. 1).

Sono previsti sia la istituzione, presso la Giunta regionale, di un albo regionale delle cooperative di comunità (art. 3), sia interventi finalizzati a sostenere il processo di sviluppo di tali cooperative, consistenti in finanziamenti agevolati, contributi in conto capitale e incentivi per la creazione di nuova occupazione (art. 4).

L'art. 5, rubricato «Strumenti e modalità di raccordo», al comma 1 prevede, tra l'altro, che la Regione «riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare [...] b) disciplina le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale».

1.1.– Secondo il ricorrente, la disposizione recata dall'impugnato art. 5, comma 1, lettera b), si porrebbe in contrasto con quella statale da essa richiamata perché prevederebbe il coinvolgimento anche delle cooperative di comunità nell'attività di programmazione, progettazione e accreditamento: infatti, l'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante «Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106» (d'ora in avanti CTS) limiterebbe detto coinvolgimento ai soli enti del Terzo settore (ETS), individuati dall'art. 4 del decreto stesso, tra i quali non sarebbero ricomprese le cooperative di comunità. La previsione del coinvolgimento delle cooperative di comunità comporterebbe, «nella sostanza, l'omologazione di quelle agli enti del Terzo settore i quali, invece, così come tassativamente elencati, sono gli unici soggetti legittimati, secondo la normativa statale di riferimento, a partecipare attivamente alla programmazione statale degli interventi di utilità sociale».

In tal modo, la norma regionale amplierebbe il novero dei soggetti del Terzo settore, individuati e disciplinati dalla legge statale e dal diritto privato, così invadendo la materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

1.2.– A confutazione della censura, la resistente argomenta che la definizione di cooperativa di comunità fornita dal legislatore regionale renderebbe evidenti le finalità di carattere sociale perseguite da tale tipo di società, oggetto di disciplina da parte di numerose Regioni, ma non da parte dello Stato.

Nel senso della infondatezza del ricorso, essa richiama l'elencazione degli ETS contenuta nell'art. 4 CTS e, in particolare, «le imprese sociali, incluse le cooperative sociali». Le cooperative di comunità rientrerebbero, infatti, in ogni caso nella definizione di impresa sociale posta dall'art. 1 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, recante «Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106», poiché tale qualifica spetterebbe a tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti in forma di società, che, in conformità alle disposizioni del citato decreto, «esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività».

2.– La questione non è fondata, nei sensi di seguito precisati.

2.1.– Nel ricorso statale assume un ruolo centrale il contenuto dell'art. 55 CTS, che la norma regionale impugnata renderebbe riferibile a un soggetto, la cooperativa di comunità, privo della qualifica di ETS.

Su tale norma statale è quindi opportuno soffermarsi.

Questa, al comma 1, stabilisce che le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività degli ETS, ne assicurano il coinvolgimento attivo «attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

Nei commi successivi la suddetta disposizione specifica che:

«2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili.

3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2.

4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner».

Il citato art. 55, che apre il Titolo VII del CTS, disciplinando i rapporti tra ETS e pubbliche amministrazioni, rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.

Quest'ultima previsione, infatti, ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della «profonda socialità» che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una «azione positiva e responsabile» (sentenza n. 75 del 1992): fin da tempi molto risalenti, del resto, le relazioni di solidarietà sono state all'origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese. Prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso.

Nella suddetta disposizione costituzionale, valorizzando l'originaria socialità dell'uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è quindi voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese.

Si è identificato così un ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in

quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013).

È in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria – strutturando e ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale, nell'art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) e quindi dall'art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 marzo 2001 (Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328) –.

L'art. 55 CTS, infatti, pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare, «nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona», il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo CTS.

Ciò in quanto gli ETS sono identificati dal CTS come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97).

Tali elementi sono quindi valorizzati come la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli ETS, al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale.

Gli ETS, in quanto rappresentativi della “società solidale”, del resto, spesso costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale, e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della “società del bisogno”.

Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico.

Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico.

Del resto, lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i

valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali).

2.2.– Lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dal richiamato art. 55 è però riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS, in forza del quale costituiscono il Terzo settore gli enti che rientrano in specifiche forme organizzative tipizzate (le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le società di mutuo soccorso, le reti associative, le imprese sociali e le cooperative sociali) e gli altri enti "atipici" (le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di diritto privato diversi dalle società) che perseguono, «senza scopo di lucro, [...] finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi», e che risultano «iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

Agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS: esiste una stretta connessione tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica.

Infatti, la originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall'art. 55 CTS richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva "terzietà" (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano.

2.3.– Risulta quindi pertinente, salvo quanto si chiarirà di seguito, la censura del ricorrente che prefigura una violazione della competenza statale in materia di ordinamento civile: in effetti, qualora la norma impugnata mirasse al coinvolgimento anche di ogni forma di cooperativa di comunità nelle attività previste dall'art. 55 CTS si verificherebbe, come appunto rileva il ricorso statale, un'indebita omologazione di tali cooperative agli ETS, «i quali, invece, così come tassativamente elencati, sono gli unici soggetti legittimati, secondo la normativa statale di riferimento, a partecipare attivamente alla programmazione statale degli interventi di utilità sociale».

Questa Corte nella sentenza n. 185 del 2018 ha, infatti, precisato che ricade tipicamente nella competenza statale nella materia «ordinamento civile» non solo la conformazione specifica e l'organizzazione degli ETS, ma anche la definizione delle «regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche».

Il legislatore regionale, quindi, se da un lato è abilitato, nell'ambito delle attività che ricadono nelle materie di propria competenza, a declinare più puntualmente, in relazione alle specificità territoriali, l'attuazione di quanto previsto dall'art. 55 CTS, non può, dall'altro, alterare le regole essenziali delle forme di coinvolgimento attivo nei rapporti tra gli ETS e i soggetti pubblici.

2.3.1.– Tuttavia, va rilevato che la legge reg. Umbria n. 2 del 2019 non contiene, in nessuna sua disposizione, un'espressa qualificazione delle cooperative di comunità come ETS.

Ai sensi dell'art. 1 della legge regionale impugnata, il riconoscimento e la promozione da parte della Regione del ruolo e della funzione delle cooperative di comunità si realizzano, infatti, «nel rispetto degli articoli 45, 117 e 118, quarto comma della Costituzione e della normativa nazionale», della quale vengono necessariamente qui in rilievo il CTS e il d.lgs. n. 112 del 2017 sull'impresa sociale.

Piuttosto, l'art. 2 della legge regionale, nel riferirsi in termini generali alle società cooperative, lascia ai soggetti che le costituiscono la libertà di scegliere quale sottotipo adottare all'interno della comune forma societaria cooperativa: in sostanza, se costituire una cooperativa sociale ai sensi della legge 8 novembre 1991, n. 381 (Disciplina delle cooperative sociali), una cooperativa a mutualità prevalente, ai

sensi degli articoli da 2512 a 2514 del codice civile, ovvero una cooperativa il cui statuto non contempli le clausole di non lucratività di cui all'art. 2514 cod. civ.

Ne deriva che le cooperative di comunità, proprio in forza della normativa statale, possono: a) essere costituite come cooperative sociali e, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 112 del 2017, «acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali»; oppure b) essere qualificate come imprese sociali, in quanto però rispettino i requisiti costitutivi previsti dal d.lgs. n. 112 del 2017 – tra i quali in primo luogo l'assenza di scopo di lucro – e si iscrivano nell'apposita sezione del registro delle imprese, manifestando così l'adesione al complessivo regime della impresa sociale, atteso che, per tale tipologia di ETS, il predetto adempimento «soddisfa il requisito dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore» (art. 11, comma 3, CTS).

In entrambe queste ipotesi non è imputabile, a carico dell'impugnato art. 5, comma 1, lettera b), della legge reg. Umbria n. 2 del 2019, alcuna alterazione dell'impianto dell'art. 55 CTS: le cooperative di comunità saranno infatti qualificate come imprese sociali e quindi come ETS.

Nell'ipotesi, invece, che le cooperative di comunità siano differentemente costituite (perché gli statuti non contemplano la clausola di non lucratività di cui all'art. 2514 cod. civ.) o qualificate (perché le cooperative non ritengano di acquisire la qualifica di impresa sociale), rimane fermo – contrariamente all'assunto della difesa regionale secondo cui le evidenti finalità di carattere sociale perseguite dalle cooperative di comunità farebbero sempre ricomprendere quest'ultime nell'ambito delle imprese sociali – che alle stesse non sono riferibili le forme di coinvolgimento attivo disciplinate dall'art. 55 CTS.

La norma impugnata ben può però essere interpretata nel senso di non contraddire questa conclusione, in quanto – oltre a prevedere l'adozione di «appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale» – demanda alla Regione un duplice compito: quello di disciplinare «le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del [CTS] e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità».

L'uso della congiunzione «e» nell'ultima parte del richiamato periodo conferma un'interpretazione per cui la disciplina delle modalità di attuazione degli istituti previsti dall'art. 55 CTS è tenuta distinta da quella delle forme di coinvolgimento che le cooperative di comunità, in quanto tali (quando cioè non qualificabili come ETS), possono avere con i soggetti pubblici: essendo gli ambiti concettuali dei due sistemi riconducibili a fonti diverse, questi non sono assimilati quanto a regime.

Tale interpretazione consente, in definitiva, di escludere il vulnus prospettato dal ricorrente, perché la norma censurata non comporta alcuna omologazione tra un soggetto estraneo al Terzo settore e quelli che vi rientrano. Essa, infatti, consente di disciplinare: a) le modalità attuative dell'art. 55 CTS, avendo a riguardo gli ETS, come qualificati dalla normativa statale (e, quindi, anche le cooperative di comunità che in base alla suddetta normativa siano tali); b) le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità, che siano “soltanto” così qualificabili (e non anche come ETS) e che non potranno essere coinvolte con gli stessi strumenti e modalità riservati dal legislatore statale agli ETS ai sensi del citato art. 55 CTS.

Alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, va da sé che gli schemi di convenzione-tipo, richiamati dalla disposizione impugnata e da adottare da parte della Regione, sono necessariamente diversi, quanto a presupposti e contenuti, dalle forme di coinvolgimento tipicamente disciplinate per gli ETS, perché, qualora attengano a cooperative di comunità non qualificabili all'interno di tale perimetro, la relazione convenzionale con l'ente pubblico si pone su basi diverse da quella accordata ai primi.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, lettera b), della legge della Regione Umbria 11 aprile 2019, n. 2 (Disciplina delle cooperative di comunità), promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 20 maggio 2020.

F.to:

Marta CARTABIA, Presidente

Luca ANTONINI, Redattore

Filomena PERRONE, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 26 giugno 2020.

Il Cancelliere

F.to: Filomena PERRONE

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.