

**Direzione  
Legislazione  
Opere Pubbliche**

**Principali novità  
normative e  
giurisprudenziali**

**Dal 11 al 14 aprile**

## Focus Giurisprudenza

### TAR Lazio, Sez. II-bis, 28 marzo 2023, n. 5380.

Il TAR Lazio si è pronunciato **sull'applicazione dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici**, anzitutto ribadendo che questo è utilizzabile precipuamente per i dati non oggetto di pubblicazione sul sito istituzionale ai sensi del D.lgs. n. 33/2013. Del resto, il tenore dell'art. 5, co. 2 è inequivoco, allorché contiene l'inciso “...ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto”, facendo chiaramente intendere che **tale forma di accesso viene utilizzata per i dati per i quali non sussista obbligo di pubblicazione**.

Richiamando, poi, l'Adunanza Plenaria, nella sentenza n.10/2020, il Collegio ha affermato che l'accesso documentale e l'accesso c. FOIA soddisfano **due diverse esigenze**: il cd. *need to know*, ossia la necessità di **conoscere documenti indispensabili** alla tutela della posizione soggettiva, ed il cd. *right to know*, cioè la **necessità** che, in uno Stato democratico avanzato, **il cittadino eserciti il potere di accedere ai documenti della p.a.**, in ragione di un interesse individuale alla conoscenza ed allo scopo di esercitare un controllo diffuso sull'attività dei pubblici poteri, fatti salvi i divieti previsti dall'ordinamento, divieti che, nel caso dell'accesso civico generalizzato, sono più penetranti rispetto a quelli applicabili all'accesso documentale.

Secondo il Collegio, la natura di diritto fondamentale dell'accesso generalizzato (in questi termini, v. Ad. Pl. cit.), tutelato anche dall'art. 10 CEDU, da un lato **impedisce di sottrarre a tale strumento la materia della contrattualistica**, anche nella fase esecutiva, da un altro **obbliga a ritenere che le eccezioni a tale diritto**, siccome conferite nell'ordinamento in una logica di integrazione degli istituti previsti per esercitare l'accesso, **siano di stretta interpretazione**.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).

### Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato sul tema **dell'esatta individuazione del termine di impugnazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei contratti pubblici**.

Nel caso di specie, a seguito del provvedimento di aggiudicazione della commessa, un'impresa aveva presentato istanza di accesso alla documentazione amministrativa dell'impresa aggiudicataria e, successivamente, proponeva ricorso per l'annullamento del suddetto provvedimento 57 giorni dopo la pubblicazione, dichiarato però irricevibile per tardività.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'ipotesi in esame comportasse una dilazione temporale del termine di impugnazione, confermando, tuttavia, la decisione del TAR.

I giudici, hanno infatti evidenziato che sul tema del computo del termine di impugnazione in caso di istanza di accesso in materia di affidamenti pubblici si fossero formati **tre diversi orientamenti**:

- a) il primo (v. Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2021, n. 3127) propende in ogni caso per il **termine “secco”** (non modulabile) di 45 giorni (30+15);
- b) il secondo (v. Cons. Stato, sez. III, 15 marzo 2022, n. 1792 e, da ultimo, da Id., sez. V, 29 novembre 2022, n. 10470) ritiene, per contro, indifferente il periodo di tempo impiegato per presentare l'istanza di accesso, dovendosi, in sostanza, **concedere in ogni caso il termine ordinario di trenta giorni** per impugnare gli atti di gara, con decorso dalla evasione dell'istanza ostensiva, purché tempestiva: sicché, in definitiva, il termine massimo finisce per essere spostato al 60° giorno (15+15+30);
- c) un terzo orientamento (v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, 15 dicembre 2020, n. 13550; T.A.R. Umbria, Sez. I, 19 ottobre 2021, n. 736) ritiene, invece, che **ogni eventuale giorno di ritardo del concorrente non aggiudicatario che intenda accedere agli atti deve essere computato, a suo carico, sul termine complessivamente utile per proporre gravame**: sicché, in sostanza, al termine ordinario di 30 giorni occorrerebbe: c1) sia sottrarre i giorni che ha impiegato la stazione appaltante per consentire l'accesso agli atti (che non potrebbe essere posto a carico del privato); c2) sia aggiungere i giorni a carico del ricorrente, pari al tempo impiegato tra la partecipazione dell'aggiudicazione e la domanda di accesso.

Fatta tale premessa, ad avviso del Collegio **l'interpretazione da accogliere è quella prevista dalla soluzione sub a)**, in adesione alle direttive nomofilattiche della Adunanza plenaria, che individua come *dies ne ultra quem* il 45° giorno dalla pubblicazione (o comunicazione) della intervenuta aggiudicazione.

Infatti, secondo i giudici del Consiglio di Stato, **“appare corretto, in una logica di astratto e ragionevole bilanciamento degli interessi, premiare – fermo il limite minimo della tempestività – la solerzia del concorrente che, venuto a conoscenza degli esiti sfavorevoli della procedura evidenziale, si attivi sollecitamente alla presentazione della istanza di accesso, atta ad integrare il materiale documentale, per quanto non già desumibile dalla prescritta pubblicazione generalizzata dei rilevanti dati evidenziali. Deve, per tal via, ribadirsi – in conformità ad un correlativo e bene inteso canone di certezza, che, nella prospettiva assunta dall'Adunanza plenaria, compendia le esigenze difensive con un qualificato principio di buon andamento dell'azione amministrativa in subiecta materia – la regola per cui, “una volta avuta conoscenza del provvedimento di aggiudicazione, in una delle diverse modalità possibili [...] il concorrente pregiudicato è tenuto nel termine di quarantacinque giorni a presentare istanza di accesso ai documenti e a proporre impugnazione, salvo l'ipotesi eccezionale di comportamento ostruzionistico tenuto dall'amministrazione”** (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525)”.

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).

**TAR Campania, Sez. I, 6 aprile 2023, n. 2139.**

Il TAR Campania ha chiarito che, nel caso **di avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione SOA**, oggetto del prestito è **l'apparato organizzativo** - in termini di mezzi e risorse - del soggetto avvalso o parte di questo, ma **nella misura necessaria all'esecuzione del contratto**. Infatti, ricordano i giudici *“la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l'avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell'azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all'esecuzione del contratto d'appalto”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074).

Inoltre, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa *“la correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e capacità di esecuzione del contratto d'appalto in affidamento, ha carattere decisivo poiché **il concorrente privo del requisito di attestazione SOA dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico-professionale di eseguire il contratto** (o parte di esso o alcune specifiche lavorazioni), e che si impegna, tramite avvalimento, a recuperare la capacità mancante, ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria; diversamente, il contratto di avvalimento si risolve in una “scatola vuota” ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto, e, in definitiva, ove non si disponga diversamente, nell'affidamento dell'opera ad un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza”* (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 10/01/2022, n.169).

Nello stesso senso la giurisprudenza consolidata ha evidenziato che **il contratto di avvalimento può ben limitarsi a specificare quei requisiti e quelle risorse di cui l'impresa ausiliata è sprovvista e che sono indispensabili ad integrare la sua organizzazione aziendale ai fini dell'esecuzione dell'opera** (cfr., Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074).

Per una lettura integrale della sentenza, cliccare [qui](#).