

Il diritto di accesso civico generalizzato nel campo degli appalti

Data di pubblicazione: 29 agosto 2018

ROSSANA MININNO, Diritto di accesso civico generalizzato: i chiarimenti giurisprudenziali in materia di ostensibilità degli atti concernenti le procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici* (nota a T.A.R. Emilia Romagna - Parma, sentenza 18 luglio 2018).

ROSSANA MININNO*

**Diritto di accesso civico generalizzato: i chiarimenti giurisprudenziali
in materia di ostensibilità degli atti concernenti le procedure
di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici**

(nota a T.A.R. Emilia Romagna-Parma, sentenza del 18 luglio 2018 n. 197;
n.b.: il testo della sentenza è riportato in calce al presente documento)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le tipologie di accesso previste a livello ordinamentale. - 2.1. Il diritto di accesso ex legge n. 241 del 1990. - 2.2. Il diritto di accesso civico ex decreto legislativo n. 33 del 2013. - 2.3. Il diritto di accesso ex decreto legislativo n. 50 del 2016. - 3. Il diritto di accesso civico generalizzato agli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici: i recenti chiarimenti del T.A.R. Emilia Romagna. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

In materia di accesso agli atti concernenti le procedure ad evidenza pubblica finalizzate all'affidamento e alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi si è posta, a livello giurisprudenziale, la questione circa l'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato, istituito di recente introduzione a livello ordinamentale che consente a chiunque - a prescindere dalla titolarità di un interesse specifico, *rectius diretto, concreto e attuale* - la possibilità di acquisire e visionare documentazione amministrativa ulteriore rispetto a quella oggetto di pubblicazione necessaria.

2. Le tipologie di accesso previste a livello ordinamentale.

2.1. Il diritto di accesso ex legge n. 241 del 1990.

La legge 7 agosto 1990, n. 241 (recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi") definisce il diritto di accesso come «il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi» (art. 22, comma 1, lett. a).

Il legislatore ha elevato detta facoltà conoscitiva - «attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse» (art. 22, comma 2) - al rango di principio generale, essendo l'accesso volto, precipuamente, a favorire la partecipazione, da parte degli amministrati, all'attività amministrativa, nonché ad assicurare la trasparenza di quest'ultima, in attuazione dei principi sanciti dall'art. 97 Cost. (*id est*, buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione) e costituenti «i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'amministrazione» (in termini, Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4).

L'accesso è, tuttavia, subordinato alla titolarità, da parte del soggetto istante (cd. 'interessato'), di «un interesse

diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (art. 22, comma 1, legge n. 241/1990), essendo espressamente escluso che il suo esercizio possa avvenire per finalità di mero «controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni» (art. 24, comma 3, legge n. 241/1990).

In altri termini, la pretesa ostensiva deve essere supportata da un interesse giuridicamente rilevante (cd. 'interesse ostensivo'), che, quanto a tratti caratterizzanti, deve essere: (i) diretto, ovvero appartenente alla sfera del soggetto istante, il quale è onerato della prova di essere il portatore della posizione giuridica soggettiva tutelata; (ii) concreto e non meramente astratto, generico o ipotetico, occorrendo un *quid pluris*, consistente nel collegamento tra il soggetto istante ed un concreto bene della vita; (iii) attuale e non meramente storico-documentativo, dovendo il documento oggetto dell'istanza avere riflessi attuali sulla posizione giuridica sostanziale vantata dal soggetto istante.

I Giudici amministrativi hanno chiarito che al fine dell'ammissibilità dell'accesso «[n]on occorre che sia instaurato, o in via di instaurazione, un giudizio, bastando la dimostrazione del grado di protezione che l'ordinamento accorda alla posizione base, ossia al bene della vita dal quale scaturisce l'interesse ostensivo»: la legittimazione soggettiva, conseguentemente, «va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto» (in termini, Cons. Stato, Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213).

In sostanza, al precipuo fine di evitare che l'utilizzo dell'istituto dell'accesso cd. procedimentale possa risolversi nell'esercizio di una sorta di potere esplorativo nei confronti dell'Autorità amministrativa, il legislatore ha riconosciuto tale diritto non in maniera indiscriminata (*id est*, a favore di qualunque soggetto e per il perseguimento di un qualsiasi interesse), ma selettiva, ovvero unicamente a favore del soggetto titolare di un interesse giuridicamente rilevante in quanto portatore di una situazione giuridica qualificata e differenziata (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 4838).

La valutazione circa la sussistenza, nel caso specifico, del cd. interesse ostensivo deve essere effettuata in astratto, prescindendo da ogni apprezzamento circa la legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante, cioè senza che possa essere apprezzata la fondatezza o l'ammissibilità della domanda giudiziale che l'interessato potrebbe, in ipotesi, proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 55).

La legge n. 241 del 1990 subordina l'ammissibilità dell'accesso al documento amministrativo, oltre che alla titolarità del cd. interesse ostensivo, anche ad un ulteriore requisito: l'esistenza di un collegamento tra la situazione giuridica qualificata e differenziata e il documento oggetto della richiesta di ostensione.

Il collegamento è da intendersi quale nesso di strumentalità nel senso di connessione con una situazione giuridica che l'ordinamento protegge attraverso la concessione di strumenti di tutela (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 461).

L'accesso è consentito nell'ipotesi in cui il documento contenga notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante, nonché alla luce di un esame oggettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata.

Una volta accertato il collegamento, ogni altra indagine sull'utilità ed efficacia, in chiave difensiva, del documento ovvero sulla fondatezza ed ammissibilità della domanda di tutela prospettata si pone come ultronea.

2.2. Il diritto di accesso civico ex decreto legislativo n. 33 del 2013.

Con la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*", il legislatore nazionale, intervenuto con la finalità di rafforzare la trasparenza amministrativa, ha inteso favorire l'introduzione di forme diffuse di controllo da parte dei cittadini, nonché, nel contempo, di misure di contrasto alle condotte illecite nelle Pubbliche Amministrazioni.

A detti fini ha espressamente delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo preordinato al «riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», delega da attuare mediante «la modifica o l'integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità» e nel rispetto di una serie di principi e criteri direttivi, tra i quali, «b) previsione di forme di pubblicità sia in ordine all'uso delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative; ... e) definizione di categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare e delle modalità di elaborazione dei relativi formati; ... h) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione» (art. 1, comma 35).

Il legislatore delegante ha precisato che le disposizioni del decreto legislativo oggetto della delega «integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione» (art. 1, comma 36).

Il Governo ha dato attuazione alla delega mediante l'adozione del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante «*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*», provvedimento normativo che «*si ispira, come chiaramente indicato nella relazione illustrativa, al modello del Freedom of information Act statunitense, introducendo il principio della accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, pur nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio, di segreto statistico e di protezione dei dati personali, in attuazione dei principi stabiliti nella legge delega (cfr. art. 1, comma 35, legge n. 190/2012)*» (in termini, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 18 luglio 2013, n. 1904).

Con il decreto legislativo n. 33 del 2013 è stata codificata una nuova forma di accesso ai dati e ai documenti pubblici, definita testualmente 'accesso civico' (cfr. art. 5), riconosciuta in capo a «*chiunque*» ed avente ad oggetto il diritto di richiedere l'accesso ai documenti, alle informazioni e ai dati per i quali il medesimo decreto legislativo pone a carico delle Pubbliche Amministrazioni l'obbligo della relativa pubblicazione: il diritto di accesso civico è esercitabile «*nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*».

Come osservato dai Giudici amministrativi, detto istituto ostensivo, «*mai introdotto prima nel nostro ordinamento, si caratterizza per la totale assenza di limitazioni per il suo esercizio, al quale sono legittimati tutti i soggetti, indipendentemente da un interesse giuridico da tutelare [...] L'unico presupposto di tale istanza, che si traduce, dunque, in un controllo democratico sull'attività amministrativa, consiste, quindi, nell'inadempimento degli obblighi di pubblicità da parte dell'amministrazione*» (in termini, T.A.R. Lombardia n. 1904/2013 cit.).

In particolare, il Consiglio di Stato ha posto in evidenza la diversificazione, sia di finalità che di disciplina, esistente - «*pur nella comune ispirazione al principio di trasparenza*» nell'ambito della Pubblica Amministrazione - tra i due istituti ostensivi: l'accesso cd. procedimentale previsto e disciplinato dalla legge n. 241 del 1990 mira a favorire la partecipazione dei cittadini all'azione pubblica e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza della stessa, mentre la disciplina di cui al decreto legislativo n. 33 del 2013 ha «*finalità dichiarate di contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione*» e, nel contempo, intende attivare «*la funzione di "coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera r) della Costituzione"*» (in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5515).

In sostanza, le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 33 del 2013 «*disciplinano situazioni, non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241*» (in termini, Cons. Stato n. 5515/2013 cit.).

L'art. 5, precipuamente dedicato all'istituto, è stato oggetto di riscrittura da parte dell'art. 6 del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 («*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni*»).

pubbliche”).

Particolarmente significativa è stata l'introduzione di un nuovo istituto, il cd. accesso civico generalizzato o accesso generalizzato, consistente nel diritto, riconosciuto a «*chiunque*», di «*accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione*» ai sensi del decreto legislativo n. 33 del 2013 (cfr. neo-riscritto secondo comma dell'art. 5).

L'istituto è stato introdotto al dichiarato «*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*».

Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto attuativo, ha sottolineato come l'introduzione del nuovo accesso civico segni «*il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere e rappresenti per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine della pubblica amministrazione trasparente come una casa di vetro*» (Cons. Stato, Sez. consultiva, parere n. 515 del 24 febbraio 2016).

Il tenore letterale del riscritto secondo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 33 del 2013 consente di cogliere le differenze, a livello di ambito oggettuale, del neo-introdotto istituto rispetto alle altre due tipologie di accesso già previste dalla legge: a differenza del diritto di accesso cd. procedimentale previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, l'accesso civico generalizzato garantisce il bene 'conoscenza' in via autonoma, ovvero a prescindere dalla titolarità, da parte del soggetto istante, di un *interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso; a differenza del diritto di accesso civico semplice (id est, quello previsto dal primo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 33 del 2013), avente un ambito limitato alle informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria, l'accesso civico generalizzato ha un ambito tendenzialmente omnicomprensivo, il cui unico limite è costituito dagli interessi pubblici e privati espressamente indicati dall'art. 5-bis del medesimo decreto legislativo n. 33 del 2013.*

Quest'ultima disposizione, introdotta dal decreto legislativo n. 97 del 2016, sotto la rubrica «*Esclusioni e limiti all'accesso civico*» prevede una serie di ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione può impedire, *rectius* rifiutare l'accesso in quanto ritenuto astrattamente idoneo a recare «*un pregiudizio concreto*» alla tutela di determinati «*interessi pubblici*» (*id est*, sicurezza pubblica ed ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari, relazioni internazionali, politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato, conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento, nonché regolare svolgimento di attività ispettive - cfr. comma 1) o «*privati*» (*id est*, protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali - cfr. comma 2).

2.3. Il diritto di accesso ex decreto legislativo n. 50 del 2016.

L'art. 53 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il «*Codice dei contratti pubblici*», sotto la rubrica «*Accesso agli atti e riservatezza*» stabilisce: «*Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, 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*» (comma 1, primo periodo).

La disciplina contenuta nell'art. 53 presenta alcune peculiarità, ricollegabili alla specificità del settore considerato.

Quanto alle differenze esistenti rispetto alle altre tipologie di accesso previste a livello ordinamentale, la disciplina dettata dall'art. 53 è, rispetto al diritto di accesso cd. procedimentale previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, più restrittiva: «*l'accesso è consentito solo al concorrente che abbia partecipato alla selezione (la preclusione all'accesso è invece totale qualora la richiesta sia avanzata da un soggetto terzo, anche se dimostri di avere un interesse differenziato)*» (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079; 27 aprile 2015, n. 2096; 16 marzo 2016, n. 1056).

La giurisprudenza ha affermato trattarsi di norma eccezionale, con la conseguenza che le fattispecie non coinvolgenti concorrenti «*restano per i terzi disciplinate dalle disposizioni generali degli articoli 22 e ss. L. 7 agosto 1990, n. 241*» (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2017, n. 4813).

Quanto alle differenze esistenti con l'istituto dell'accesso civico generalizzato previsto dall'art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013, quest'ultima norma, pur riconoscendo a chiunque la legittimazione soggettiva a chiedere l'ostensione di dati, documenti e informazioni in possesso delle Pubbliche Amministrazioni, prevede specifiche ipotesi di esclusione nei casi di divieto di accesso stabiliti da leggi, ivi compresi i casi in cui «l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti» (art. 5-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 33 del 2013).

3. Il diritto di accesso civico generalizzato agli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici: i recenti chiarimenti del T.A.R. Emilia Romagna.

Con la recente sentenza n. 197 del 18 luglio 2018 la Sezione staccata di Parma del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna si è pronunciata in merito all'ostensibilità mediante accesso civico generalizzato degli atti concernenti le procedure di affidamento di contratti pubblici.

La controversia sottoposta al vaglio del T.A.R è stata originata dal diniego opposto da un'Azienda Unità Sanitaria Locale alla richiesta di ostensione avanzata ai sensi dell'art. 5, comma 2, del decreto legislativo n. 33 del 2013 da un Consorzio in relazione agli atti concernenti l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione degli automezzi in dotazione della medesima Azienda.

Quanto alla posizione legittimante (asseritamente) vantata, il Consorzio ricorrente ha precisato di «partecipa[re], in nome e per conto delle proprie officine consorziate (piccole e medie imprese), alle gare di appalto ovunque esse siano indette sul territorio nazionale».

L'istanza di ostensione è stata respinta da parte dell'Azienda sul rilievo che «la richiesta, così come formulata, non si ritiene che rientri nel diritto di accesso civico "generalizzato" ai documenti, dati e informazioni non soggetti ad obbligo di pubblicazione (ai sensi dell'art. 5, comma 2 e ss. del D. Lgs. n. 33/2013)».

Il Consorzio ha impugnato il provvedimento di diniego, deducendo, a fondamento del gravame proposto, che, «da un lato, non sarebbe sorretto da alcuna idonea motivazione, non facendo riferimento ad alcuna delle ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di accesso civico previste dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 ... dall'altro, sarebbe erroneo, se inteso quale diniego di qualificazione del diritto di accesso azionato nel senso indicato dalla richiedente».

Il Tribunale Amministrativo ha preliminarmente osservato che la documentazione richiesta dal ricorrente concerneva, per una parte, i documenti relativi ad una gara di appalto già espletata e dalla quale lo stesso ricorrente era stato escluso e, per la restante parte, una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito da tale gara, rapporto anch'esso, all'epoca della proposizione della richiesta di ostensione, ormai esaurito.

Documentazione che, a parere del T.A.R., poteva essere, più correttamente, ricompresa nel concetto di «atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici» di cui al primo comma dell'art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016, norma, quest'ultima, disciplinante precipuamente l'accesso agli atti afferenti alle procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi.

La prima regola ricavabile dalla menzionata disposizione è che, fatto salvo quanto espressamente previsto nel medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990.

Ciò posto, l'accertamento operato dal Tribunale emiliano, funzionale all'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie concreta, si è focalizzato sull'esame dei casi di esclusione assoluta previsti dal terzo comma dell'art. 5-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013, onde verificare la riconducibilità della speciale disciplina contenuta nell'art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016 ad uno dei detti casi di esclusione assoluta.

La risposta data dal T.A.R. è stata affermativa, con conseguente esclusione della possibilità di utilizzo, da parte del Consorzio ricorrente quale concorrente escluso, dell'accesso civico generalizzato.

Per giungere a tale conclusione il Tribunale emiliano ha valorizzato, *in primis* e da un punto di vista meramente testuale, l'inequivocità della previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 5-bis del decreto legislativo n. 33 del 2013, «*crystalino nello stabilire che il diritto di accesso civico generalizzato "è escluso" nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti*»: l'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica può ritenersi, dal canto suo, un caso di soggezione a particolari condizioni e limiti poiché l'art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016, nel richiamare integralmente la normativa contenuta nel Codice dei contratti pubblici, detta in maniera espressa una disciplina speciale sull'accesso, in parte derogatoria rispetto a quella ordinaria, da considerarsi, conseguentemente, sottratta alla possibilità di accesso civico generalizzato.

Da un punto di vista interpretativo, il T.A.R. ha valorizzato la natura «*speciale e a sé stante*» della disciplina relativa alle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici, costituente «*un complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate*», disciplina tale da giustificare «*una scelta del legislatore volta a sottrarre anche solo implicitamente [...] una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati*».

Conclusivamente, il T.A.R. ha respinto il ricorso, avendo ritenuto non contemplata dalla normativa, con riferimento agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici, una «*possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati*».

4. Considerazioni conclusive.

Con la sentenza in commento, condivisibile per la coerenza sistematica delle argomentazioni, il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, dopo aver individuato un rapporto di specialità tra la norma disciplinante l'accesso agli atti concernenti le procedure di affidamento dei contratti pubblici e quella disciplinante l'accesso civico generalizzato, ha ritenuto prevalente la disposizione - speciale - di cui all'art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016 rispetto a quella - generale - di cui al secondo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 33 del 2013 e, conseguentemente, escluso, nella specifica materia dei contratti pubblici, il ricorso alle «*più ampie modalità di accesso previste dal d.lgs. n. 33 del 2013*», potendo l'accesso agli atti delle gare pubbliche essere esercitato esclusivamente nelle forme e nei limiti previsti dall'art. 53 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

(*) *Avvocato del Foro di Milano.*

TAR EMILIA ROMAGNA - PARMA, SEZ. I – sentenza 18 luglio 2018 n. 197 – Pres. Conti, Est. Lombardi - Consorzio Parts & Services (Avv.ti Battaglia, Arceri e Carafa) c. Asl 102 – Parma (n.c.) e Consorzio Automanutentori Parmensi (Avv.ti Tanzi e Croci) – (respinge).

Pubblicato il 18/07/2018

00197/2018 REG.PROV.COLL.

00098/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 116 - 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 98 del 2018, proposto da:

Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Battaglia, Francesco Arceri e Andrea Carafa, domiciliato presso l'indirizzo PEC indicato in atti

contro

Asl 102 – Parma, non costituita in giudizio

nei confronti

Consorzio Automanutentori Parmensi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Tanzi e Emanuele Croci, domiciliato presso lo studio del primo in Parma, Viale Partigiani D'Italia, n.8/1

per l'annullamento

- della nota prot. n. 0020440 del 23.3.2018 dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Parma, inviata al Consorzio Parts & Services in data 23.3.2018, avente ad oggetto: "Risposta a: Richiesta di accesso civico "generalizzato" ai documenti, dati e informazioni non soggetti ad obbligo di pubblicazione (ai sensi dell'art. 5, comma 2 e ss. del D.Lgs. n. 33/2013) – Servizio di manutenzione e riparazione di tutti gli automezzi in dotazione all'Azienda U.S.L. di Parma per il periodo dall'01.01.2013 al 31.12.2015. – CIG: lotti n. 1: 447678148C – n. 2: 447684595B – n. 3: 4476869d28 – n. 4: 4476897446 – Richiesta in nome e per conto di CONSORZIO PARTS & SERVICES", con la quale è stata respinta l'istanza di accesso civico generalizzato del 16.3.2018 presentata dal Consorzio Parts & Services in relazione agli atti concernenti l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di tutti gli automezzi in dotazione all'Azienda U.S.L. di Parma per il

periodo dall'1.1.2013 al 31.12.2015;

- del "Frontespizio Protocollo Generale" allegato alla nota di cui sopra;

- nonché di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli sopra citati, ancorché non cognito;

nonché per l'accertamento

del diritto del ricorrente ad accedere agli atti di cui sopra

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente all'esibizione dei documenti richiesti dal Consorzio Parts & Services.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Automanutentori Parmensi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2018 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato in data 3 maggio 2018, il Consorzio PARTS & SERVICES, Consorzio che partecipa, in nome e per conto delle proprie officine consorziate (piccole e medie imprese), alle gare di appalto ovunque esse siano indette sul territorio nazionale, ha chiesto l'accertamento dell'illegittimità del diniego espresso dall'Azienda sanitaria convenuta sulla sua richiesta di accesso ex art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013, e, conseguentemente, la condanna di controparte all'esibizione dei seguenti documenti, inerenti all'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione degli automezzi appartenenti all'amministrazione de qua per il periodo dall'1.1.2013 al 31.12.2015:

- la documentazione di gara nella sua interezza;

- il contratto stipulato con il Consorzio Automanutentori Parmensi;

- i documenti attestanti i singoli interventi, i preventivi dettagliati degli stessi, l'accettazione dei preventivi, i collaudi ed i pagamenti "con la relativa documentazione fiscale dettagliata".

Quanto al fondamento del diritto di accesso azionato, il ricorrente ha evidenziato che, nel caso di specie, il provvedimento impugnato, da un lato, non sarebbe sorretto da alcuna idonea motivazione, non facendo riferimento ad alcuna delle ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di accesso civico previste dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 (ipotesi di esclusione o limitazione che, ad ogni modo, secondo il Consorzio ricorrente, non sussisterebbero); dall'altro, sarebbe erroneo, se inteso quale diniego di qualificazione del diritto di accesso azionato nel senso indicato dalla richiedente.

Non si è costituita l'Azienda Sanitaria convenuta, mentre la controinteressata ha versato in atti soltanto in data 10 luglio 2018 una memoria che, in quanto depositata oltre il termine consentito dalla legge, deve considerarsi inammissibile.

La causa è stata infine discussa e trattenuta in decisione ad esito della camera di consiglio dell'11 luglio 2018.

Preliminarmente, il Collegio rileva che l'amministrazione convenuta ha respinto la richiesta di accesso presentata ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013, sul rilievo che "la richiesta, così come formulata, non si ritiene che rientri nel diritto di accesso civico "generalizzato" ai documenti, dati e informazioni non soggetti ad obbligo di pubblicazione (ai sensi dell'art. 5, comma 2 e ss. del D. Lgs. n. 33/2013)".

Nel merito, il Collegio osserva che la ricorrente ha dato impulso ad un procedimento di accesso civico generalizzato, volto cioè ad acquisire e visionare, senza alcun rapporto di vicinanza con il bene richiesto e senza bisogno di motivazione, documentazione amministrativa ulteriore rispetto a quella oggetto di pubblicazione necessaria.

Si rientra cioè nella fattispecie disciplinata dall'art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013, secondo cui "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, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente

decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis”.

Si tratta dunque di una forma di accesso civico che non ha forme di limitazioni soggettive e che ha un oggetto molto esteso (potenzialmente illimitato), con un rovesciamento completo del tradizionale rapporto tra cittadino e amministrazione, in quanto tutta la documentazione detenuta dalla p.a. è adesso accessibile, qualora non ricorrano le seguenti, tassative circostanze:

pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
- b) la sicurezza nazionale;
- c) la difesa e le questioni militari;
- d) le relazioni internazionali;
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive;

pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali;

casi di segreto di Stato;

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.

Il Collegio osserva che la documentazione richiesta dal ricorrente concerne:

- per una parte, i documenti di una gara di appalto già espletata e dalla quale lo stesso ricorrente è stato escluso;
- per la restante parte, una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito da tale gara (rapporto anch'esso allo stato esaurito).

I dati, gli atti e le informazioni richiesti possono pertanto essere totalmente ricompresi nel concetto più generale di “atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici” di cui al comma 1, dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 53 sopra citato, come è noto, reca una particolare disciplina per l'accesso agli atti afferenti alle procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi.

Nell'ambito di tale specifica e particolare disciplina, la prima regola stabilita è che, salvo quanto espressamente previsto nello stesso codice dei contratti pubblici, “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”.

In sostanza, dunque, l'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 riconduce espressamente la disciplina applicabile per tutti i documenti (di gara e di esecuzione del contratto) richiesti dal Consorzio ricorrente, fatte salve le eccezioni contenute nello stesso testo normativo di riferimento, alla disciplina ordinaria in materia di accesso.

A sua volta, il comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 statuisce che “il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, 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”.

Si tratta dei cosiddetti casi di “esclusione assoluta”, nei quali cioè l'amministrazione che detiene i documenti richiesti non conserva alcuna possibilità di comparazione discrezionale degli interessi coinvolti.

Occorre dunque stabilire se la speciale disciplina contenuta nell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 (ivi ricompreso l'espresso richiamo all'applicabilità delle regole in materia di diritto di accesso ordinario) debba considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis su richiamato.

Il Collegio ritiene di dare risposta affermativa al quesito appena posto, sulla base di un duplice rilievo, testuale e interpretativo.

Da un punto di vista letterale, il comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 è cristallino nello stabilire che il diritto di accesso civico generalizzato “è escluso” nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti.

Sotto questo specifico profilo, è altresì pacifico che l'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica sia soggetto al rispetto di particolari condizioni e limiti. Invero, l'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, richiamando in toto la normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici previgente, detta espressamente una disciplina sull'accesso in parte derogatoria rispetto alle ordinarie regole.

In tale disciplina speciale deve essere ricompresa anche la premessa, secondo cui il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Vi è dunque una precisa norma di legge che rimanda espressamente – derogandola parzialmente – alla disciplina dell'accesso ordinario.

E se è vero che alla data dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici l'accesso pubblico generalizzato per gli atti non soggetti a pubblicazione obbligatoria non era stato ancora introdotto, è altrettanto vero che è lo stesso legislatore del 2016 a considerare e regolamentare l'ipotesi di discipline sottratte per voluntas legis, anche se precedente all'introduzione del nuovo istituto, alla possibilità di accesso generalizzato.

D'altra parte, sotto un profilo più squisitamente interpretativo e giustificativo della ratio di esclusione degli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici alle più ampie modalità di accesso previste dal d.lgs. n. 33 del 2013, occorre considerare che tali atti sono formati e depositati all'interno di una disciplina del tutto speciale e a sé stante.

Si tratta di un complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate.

In altri termini, risulta del tutto giustificata una scelta del legislatore volta a sottrarre anche solo implicitamente (ma, si è visto, si uniscono a tale interpretazione anche forti argomenti di natura testuale) una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati.

Invero, si tratta pur sempre di documentazione che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall'altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili (e quindi astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013), specie quando tali interessi, dopo l'aggiudicazione, vanno a porsi su di un piano pari ordinato – assumendo la connotazione di veri e propri diritti soggettivi - rispetto a quelli della stazione committente.

D'altra parte, il Collegio non può certo escludere che nell'attuale contesto sociale e ordinamentale – in cui la trasparenza dell'operato delle amministrazioni ha assunto il ruolo di stella polare – il legislatore possa compiere una scelta diversa (volta cioè ad estendere la possibilità di controllo generalizzato anche su documenti che possono costituire la "spia" di una deviazione dai fini istituzionali) ma tale scelta, proprio per la forte conflittualità degli interessi coinvolti e per la specialità del campo in cui andrebbe ad operare, deve essere necessariamente espressa ed inequivocabile.

Al contrario, come detto, residua nell'attuale sistema dei contratti pubblici una norma – l'art. 53, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 – che restringe il campo di applicazione del diritto di accesso agli atti richiesti dal ricorrente alle norme sul diritto di accesso ordinario di cui alla L. n. 241/1990.

Non è dunque da ritenersi infondata né illegittimamente motivata la tesi esposta dall'amministrazione convenuta nel provvedimento impugnato, secondo cui la richiesta non è stata ritenuta "rientrante nel diritto di accesso generalizzato", qualora tale formula debba intendersi nel senso che sussiste, nel caso di specie, un caso di esclusione assoluta all'esercizio di tale diritto.

D'altra parte, dovendosi qualificare l'azione intrapresa in giudizio dal Consorzio ricorrente quale azione di accertamento di un diritto (il diritto di accesso civico generalizzato deve infatti essere ricompreso, quale species, nel diritto di accesso tout court), il Collegio può valutare, a prescindere dalla motivazione addotta dall'amministrazione, tutti i profili giuridici di ricorrenza del diritto da accertare, negando la tutela richiesta quando, come nel caso di specie, sussistano degli oggettivi e insuperabili ostacoli alla configurabilità in concreto del diritto azionato.

Il ricorso deve dunque essere respinto, con spese del giudizio che possono essere compensate, in relazione alla peculiarità e novità della questione esaminata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Marco Poppi, Consigliere

Roberto Lombardi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Roberto Lombardi Sergio Conti