Pubblicato il 18/07/2018

N. 00197/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00098/2018 REG.RIC.

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

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:

1. 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;

2. 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;

3. casi di segreto di Stato;

4. 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**

IL SEGRETARIO