

Publicato il 24/05/2023

N. 05120/2023REG.PROV.COLL.
N. 00703/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 703 del 2023, proposto dalle società Nigra Servizi Italia Società Cooperativa e Universal Service – Azienda di Servizi S.r.l. in proprio e rispettivamente quali mandataria e mandante di costituendo r.t.i., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Marco Napoli e Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda di Servizi alla persona Istituti Milanesi *Martinitt* e Pio Albergo Trivulzio, in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Meraviglia e Sabrina Allisio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

Delle società Celsius S.r.l. e Gi.Zeta S.r.l. in liquidazione, non costituite in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 2316 del 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda di Servizi alla persona Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023, il Cons. Antonio Massimo Marra e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le società Nigra Servizi Italia e Universal Service hanno presentato, in data 15 aprile 2022, istanza di accesso documentale, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013, chiedendo di accedere alla documentazione inerente alla fase di verifica dei requisiti, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, con particolare riferimento alla posizione di Gi.Zeta S.r.l. nell'ambito della procedura di affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, facchinaggio e manutenzione delle aree verdi; istanza formulata anche come accesso civico *ex art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013*.

2. Le istanti hanno, in primo grado, esposto che l'impresa Gi.Zeta S.r.l. - alla quale era subentrata la società Celsius, in forza di cessione di ramo d'azienda in data 27 aprile 2021 – avrebbe perduto in corso di gara la continuità nel possesso del requisito di regolarità contributiva.

3. Con nota del 10 maggio 2022, il PAT ha negato l'accesso agli atti richiesti dalla parte ricorrente, rilevando che: *“...l'operatore economico aveva comunicato alla stazione appaltante l'intervenuta fusione per incorporazione dodici mesi dopo l'esecuzione dell'operazione societaria e che alla data di presentazione dell'istanza di accesso il termine di impugnazione dell'aggiudicazione era ormai spirato”*.

4. Con ricorso *ex art. 116 c.p.a.*, notificato il 9 giugno 2022, le società, graduatese terze, hanno impugnato il diniego di accesso.

5. Nel primo grado del giudizio si è costituita l'Azienda di Servizi alla Persona Martinitt e Stelline e Pio Albergo Trivulzio, per chiedere la reiezione del ricorso.

6. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sede di Milano, ha respinto il ricorso, non ravvisandone i presupposti legalmente richiesti e statuendo - tra l'altro - che, l'art. 53, comma 5, del codice dei contratti rappresenta una previsione normativa più restrittiva delle disposizioni della legge n. 241 del 1990. Secondo il primo giudice, la parte interessata non aveva specificato né la concreta necessità di utilizzo della documentazione, né prospettato l'intento di intraprendere azioni in sede giudiziaria, con conseguente assenza del “...nesso di strumentalità tra documentazione - oggetto di istanza di accesso - e necessità di potersi difendere in giudizio con riferimento agli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso (Consiglio di Stato sentenza n. 6083 del 2018)”.

7. Avverso la sentenza citata hanno interposto appello (r.g. n. 703 del 2023) le società Nigra Servizi Italia e Universal Service, lamentandone l'erroneità sotto distinti profili di violazione di legge.

8. Si è costituita in giudizio, aderendo alle argomentazioni del primo giudice, l'Azienda Pio Albergo Trivulzio, concludendo per la reiezione del gravame avversario.

9. Alla camera di consiglio del 20 aprile 2023, l'appello è stato trattenuto in decisione.

10. L'appello è fondato.

11. La sentenza impugnata ha ritenuto che l'odierna appellante non abbia dimostrato alcuna sigenza difensiva sottesa all'acquisizione della documentazione richiesta.

Le argomentazioni poste dal primo giudice per escludere l'interesse difensivo dell'appellante non risultano condivisibili.

11.1. Osserva, in proposito, il Collegio che l'*iter* motivazionale del primo giudice per escludere la sussistenza di un interesse “difensivo” giuridicamente

rilevante, è incentrato essenzialmente sulla ritenuta insussistenza di un giudizio già pendente, nonché sull'impossibilità per l'istante di poterlo avviare, dovendosi ormai ritenere spirati i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione disposta in favore delle controinteressate.

Detto ordine di idee non è condiviso dal Collegio.

11.2. Una siffatta conclusione sarebbe stata in realtà certamente fondata, laddove si fosse trattato di istanza avente a oggetto i contenuti dell'offerta tecnica o economica dell'aggiudicataria, ma non lo è nel momento in cui – come in fatto avvenuto – essa riguardava atti relativi alla fase amministrativa della procedura di aggiudicazione e, in particolare, quelli relativi alla verifica del possesso dei requisiti generali in capo all'aggiudicataria.

Ed invero, la più restrittiva disciplina dell'accesso difensivo posta dall'articolo 53, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, trova applicazione, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa appellata, nei soli casi di cui al precedente comma 5, lettera *a*): vale a dire nelle ipotesi in cui l'accesso possa essere di pregiudizio a segreti tecnici e commerciali, ossia esigenze di tutela del *know-how*.

Al di fuori da tali ipotesi, la regola generale di cui all'articolo 24, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, non può che ritrovare nuova linfa, riespandendosi, come ha avuto modo di chiarire recentemente la giurisprudenza consolidata (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 18 marzo 2021, n. 4).

11.3. Se così è evidente che il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta, impone un'attenta analisi della motivazione che la pubblica amministrazione ha adottato nel provvedimento che nella specie ha respinto l'istanza di accesso.

Ne consegue che nell'ipotesi all'esame malgrado sia incontestatamente decorso il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione, l'interesse dell'odierna appellante a conoscere i documenti oggetto di richiesta di accesso, ben poteva essere motivato con altre e più generiche esigenze difensive, quali ad esempio la presentazione di una segnalazione all'ANAC,

come nella specie è avvenuto. Infatti dalla semplice lettura dell'istanza di accesso, emerge chiaramente tale esigenza là dove l'interessata ha precisato che: *“...qualora dovesse risultare che un appalto è stato aggiudicato ad un'impresa che non ha versato i contributi previdenziali ai propri dipendenti, e che ha trasferito in corso di gara il proprio ramo d'azienda ad un altro soggetto al fine di eludere le relative conseguenze sulla partecipazione alla gara, vi sarebbero molteplici iniziative esperibili; prima fra tutte, la segnalazione della vicenda ad ANAC”*.

12. Con la seconda censura l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata con riguardo alla allegata insussistenza dei presupposti per l'accesso civico.

12.1. Errerebbe il Tribunale nell'aver recisamente negato anche la concomitante istanza formulata ai sensi dell'articolo 5 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, sul presupposto che la reiezione della prima domanda avrebbe comportato effetti caducanti anche sull'accesso civico.

Più in particolare il primo giudice ha statuito che l'accesso civico non può *“costituire una sorta di lascia passare attribuito al soggetto che, in base alla generale disciplina ex L. 241/1990, non sia titolare di una posizione giuridica tutelabile in relazione alla domanda di accesso”*.

12.2. Anche questo motivo è fondato, dovendosi ritenere che le disposizioni dell'articolo 5 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, si applicano per giurisprudenza pacifica anche agli atti delle procedure di gara (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 2 aprile 2020, n. 10), non potendosi invero escludere una generale esigenza di trasparenza in ordine alle modalità di affidamento delle commesse pubbliche e non ostandovi alcuno degli interessi preclusivi di cui al successivo articolo 5-*bis* del medesimo decreto.

13. Conclusivamente, l'appello va accolto e, per l'effetto, la sentenza di primo grado deve essere riformata.

14. Le spese del doppio grado possono essere compensate per la complessità della lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello (R.g. n. 703 del 2023), come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado, ordinando all'Azienda di Servizi alla Persona Istituti Milanesi Martinitt e Stelletta e Pio Albergo Trivulzio di consentire l'accesso alla documentazione richiesta dalla ricorrente.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO