

Publicato il 23/01/2020

N. 00154/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02452/2019 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2452 del 2019, proposto da Sisgen S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Micaela Chiesa e Luigi Molteni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio dell'avv. Micaela Chiesa in Milano, via dei Piatti, 11;

contro

Lario Reti Holding S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Tassan Mazzocco ed Alfonso Polillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso lo studio del primo in Milano, corso Italia, 13;

nei confronti

Adriacos S.r.l. e Palumbarus di Gasparin Alberto S.r.l., entrambe non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. 6718 del 14 ottobre 2019 (Doc. 01), nella parte in cui Lario Reti Holding s.p.a. ha espresso il diniego alla richiesta d'accesso presentata da Sisgen s.r.l. con istanza del 26 settembre 2019 (Doc. 02), e di ogni altro atto prodromico e conseguente, nonché per l'accertamento e la declaratoria del diritto di accesso e l'emaneazione dell'ordine di esibizione a Lario Reti Holding s.p.a. degli atti e documenti - riguardanti la "Procedura negoziata mediante piattaforma telematica per l'affidamento dei lavori di realizzazione delle opere necessarie a sottoporre a trattamento di depurazione le acque reflue urbane dei comuni di Oliveto Lario e Civenna – Lotto B: collettore intercomunale tratto Valmadrera – Oliveto Lario Loc. La Piana – Stralcio 1 – condotta sublacuale" – CIG N. 7933895944 – NUMERO GARA 7457417 - qui di seguito elencati:

1. elenco dei fornitori accreditati ed invitati alla partecipazione della procedura in oggetto con indicazione delle date di richiesta ed iscrizione dei medesimi;
2. inviti rivolti alle imprese chiamate a partecipare alla procedura negoziata;
3. domande di partecipazione e documenti presentati dalla/e impresa/e partecipante/i, attestanti i requisiti necessari per l'esecuzione dei lavori in affidamento, sia di ordine generale, sia di ordine speciale (es. di capacità economica, nonché di capacità tecnico organizzativa);
4. offerta tecnica ed economica, unitamente alla relazione tecnica presentate dalla/e impresa/e partecipante/i;
5. documentazione completa comprovante la volontà della o delle imprese partecipanti di procedere in forma singola o R.T.I. o

Consorzio (verticale od orizzontale), nonché di voler sub-appaltare alcune opere, od ancora di voler beneficiare della facoltà di avvalimento, e relativa documentazione *ex lege* (DGEU, contratto di avvalimento, etc.);

6. verbali di gara ed eventuale aggiudicazione provvisoria e/o definitiva;

7. garanzie bancarie e/o assicurative o per mezzo di intermediari finanziari offerte dalle imprese partecipanti;

8. documenti di presa visione dei luoghi;

9. protocollo d'intesa;

10. patto di integrità;

11. contratto;

12. attestazione di versamento ANAC;

13. qualsiasi altro documento ritenuto necessario per acquisire piena conoscenza dell'iter procedurale in corso;

14. in caso di avvenuta aggiudicazione, documenti presentati, ai sensi di legge, dall'aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Lario Reti Holding S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2020 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Lario Reti Holding Spa – società a totale capitale pubblico e gestore del servizio idrico integrato, di seguito anche solo “Lario

Reti” – indicava una gara d’appalto con procedura aperta per la realizzazione di opere necessarie a sottoporre a trattamento di depurazione le acque reflue di taluni comuni della Provincia di Lecco.

La società Sisgen Srl presentava, quale unico operatore, domanda di ammissione alla gara ma era esclusa per mancanza di un requisito di partecipazione, sicché la gara stessa andava deserta.

Contro il provvedimento di esclusione Sisgen non proponeva alcun ricorso giurisdizionale.

In seguito ed a fronte della gara andata deserta, l’amministrazione avviava, per l’affidamento degli stessi lavori, una procedura negoziata, alla quale erano invitate una serie di imprese, ma non Sisgen Srl.

Quest’ultima, avuta notizia della procedura negoziata, presentava ai sensi della legge n. 241/1990 un’istanza di accesso alla società Lario Reti, che la respingeva con propria nota del 14.10.2019.

Contro tale atto di diniego era proposto il presente ricorso, ai sensi dell’art. 116 del c.p.a.

Si costituiva in giudizio la società Lario Reti, concludendo per la reiezione del gravame.

All’udienza camerale del 22.1.2020 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

2. Il ricorso appare infondato, non ravvisandosi in capo alla società istante i presupposti per ottenere l’accesso agli atti ai sensi della legge 241/1990 e dell’art. 53 del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”).

Appare in primo luogo fuori discussione che Sisgen era esclusa da una precedente procedura aperta per l’affidamento dei lavori di cui è

causa e che contro tale atto di esclusione del 16.5.2019 non era proposta alcuna impugnazione (cfr. i documenti 3 e 5 della ricorrente ed il doc. 8 della resistente).

Considerato che la gara di cui sopra era andata deserta, a fronte dell'esclusione della sola impresa concorrente, la stazione appaltante avviava una procedura negoziata, alla quale invitava cinque operatori ma non Sisgen Srl.

L'esponente non contestava in sede giurisdizionale l'indizione della nuova procedura, ma si limitava a depositare una domanda di accesso agli atti, ai sensi della legge 241/1990 (unica normativa citata nella domanda), con la quale chiedeva l'esibizione di una lunga serie di documenti relativi alla procedura negoziata (cfr. il doc. 2 della ricorrente ed il doc. 12 della resistente).

Orbene, è noto che la domanda di accesso di cui alla legge 241/1990 ed al codice dei contratti pubblici non si configura come una sorta di azione popolare, finalizzata ad un controllo generalizzato nei confronti dell'amministrazione, ma presuppone la titolarità in capo al richiedente di una situazione soggettiva differenziata, tale da giustificare l'ostensione dei documenti amministrativi richiesti (cfr. l'art. 22 comma 1 lettera "b" della legge 241/1990).

Dal canto suo l'art. 53 del codice dei contratti, costituente una normativa speciale rispetto a quella della legge 241/1990, al comma sesto prevede un diritto di accesso ai fini della difesa in giudizio solo a favore del «concorrente».

È ovviamente onere del richiedente fornire la prova della sua legittimazione e del suo interesse all'accesso.

Nel caso di specie la società Sisgen, nella propria domanda di accesso evidenzia, in maniera peraltro generica, di volere acquisire piena

conoscenza degli atti del procedimento e dello stato della procedura negoziata e ciò (così testualmente) «*in ragione della precedente esclusione... dalla antecedente procedura aperta volta alla realizzazione delle medesime opere*» (cfr. ancora il doc. 2 della ricorrente).

In altri termini, pare che l'esistenza di un precedente provvedimento di esclusione mai contestato sia posto a fondamento di un'istanza di accesso ad una nuova procedura di gara – seppure avente analogo oggetto – alla quale l'esponente non è stata invitata e che non ha in ogni modo neppure contestato, quanto meno sotto il profilo del mancato invito, davanti alla competente sede giurisdizionale.

Preme poi evidenziare che la domanda di accesso di cui è causa ha per oggetto, per esplicita ammissione della stessa richiedente, un «*coacervo di documenti*», riguardanti spesso soggetti terzi (si pensi alle offerte economiche e tecniche), senza alcuna differenziazione fra i medesimi (si veda l'elenco dal n. 1 al n. 14 del doc. 2 della ricorrente), finendo così per realizzare una sorta di accesso “esplorativo”, senza alcuna chiara indicazione dello specifico e concreto interesse giuridico che dovrebbe sorreggere l'istanza di ostensione, vista anche la mole e l'eterogeneità dei documenti richiesti (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1732/2019, di conferma della sentenza di questa Sezione n. 1381/2018).

Il Collegio rileva altresì che non vi è alcun contenzioso pendente fra l'attuale esponente e l'amministrazione con riguardo alle due procedure di gara di cui sopra e che lo stesso Consiglio di Stato, con recente sentenza della Sezione V n. 64/2020, ha statuito che: «*contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale*

(anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia».

Si aggiunga, da ultimo e per doverosa completezza, che l'istanza di accesso di cui è causa è stata presentata ai sensi della legge n. 241/1990 e che pertanto la stessa deve essere valutata esclusivamente ai sensi di tale normativa, non potendo quindi trovare in alcun modo applicazione nella presente controversia la diversa modalità di accesso di cui al D.Lgs. 33/2013 (c.d. accesso civico), non essendo consentita la conversione della domanda di accesso in corso di giudizio (cfr. TAR Toscana, sez. II, n. 1748/2019).

Si conferma, in definitiva, il rigetto del ricorso in epigrafe.

3. Le spese di lite possono nondimeno essere interamente compensate, attesa la peculiarità delle questioni dedotte nella presente fattispecie e gli orientamenti giurisprudenziali non sempre omogenei sulla questione dell'accesso in materia di contratti pubblici.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), 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 Milano nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO