

Pubblicato il 12/11/2019

N. 00271/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00278/2019 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 l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 278 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Giancaterino Costruzioni s.a.s., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Fausto Troilo, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Moscufo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Perrucci, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Bucco Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo:

ottenere:

a) del silenzio-rifiuto formatosi rispetto all'istanza di accesso agli atti trasmessa dalla ricorrente in data 10.06.2019;

nonché per

b) la declaratoria del diritto della ricorrente ad effettuare l'accesso a tutti i documenti richiesti;

c) l'ordine all'Amministrazione resistente di consentire l'accesso della ricorrente a tutti i documenti di cui all'istanza del 10.06.2019

con i motivi aggiunti presentati il 22/09/2019 :

per l'annullamento:

- della nota a firma congiunta del Segretario Comunale e del Vice Sindaco del Comune di Moscufo, datata 28.08.2019 e trasmessa all'Avv. Troilo in data 3.09.2019 (con prot. di partenza n. 7952);

- di ogni ulteriore atto e/o provvedimento presupposto, connesso, conseguente e corre-lato a quelli sopraindicati, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Moscufo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2019 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e udito l'avv. Fausto Troilo per la società ricorrente e l'avv. Tonino Di Blasio, su delega verbale dell'avv. Alessandro Perrucci, per il Comune resistente;

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ex art. 116 c.p.a. iscritto al n. 278/2019 la società istante, quale impresa edile dotata di certificazione SOA, regolarmente iscritta negli Elenchi degli Operatori Economici

formati dal Dipartimento Opere Pubbliche della Regione Abruzzo, impugnava, chiedendone l'annullamento, il silenzio rifiuto formatosi sull'istanza formulata il 10.06.2016 al Comune di Moscufo al fine di prendere visione ed estrarre copia degli atti e provvedimenti preliminari adottati con riguardo alle gare sopra e sotto soglia di € 40.000,00 indette per il periodo 2015-2019 ai fini della individuazione degli operatori economici da invitare a ciascuna delle procedure indette, e degli inviti spediti a ciascuno degli operatori economici in relazione a ciascuna procedura.

Precisava che lo svolgimento a titolo professionale dell'attività relativa agli atti sopra indicati legittimava la richiesta di accesso.

Con successivi motivi aggiunti depositati il 22.09.2019, impugnava, chiedendone l'annullamento, la nota congiunta prot. n. 7952 del 28.08.2019 a firma del Segretario e del vice Sindaco del Comune declinava l'istanza in quanto estremamente generalizzata e priva di qualsivoglia motivazione e/o interesse concreto ed attuale all'esibizione, non essendo stata formulata in maniera puntuale e specifica e comportando un enorme dispendio di risorse da parte dell'ente in un periodo di grave carenza di personale.

A sostegno del ricorso deduceva:

1) Violazione degli artt. 1,2,3,22 e 24 e segg. della legge n. 241/1990, degli artt. 1 e segg. del d.lgs. n. 33/2013, dell'art. 10 del d.lgs. n. 267/2000, dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 3 e 97 Cost; violazione dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, di leale collaborazione e buona fede, del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per sviamento, nonché contraddittorietà dell'azione amministrativa;

L'interesse posto a base della richiesta di accesso risiede nella circostanza che la ricorrente, pur essendo iscritta nell'Elenco degli Operatori Edili tenuto dalla Regione, in più di cinque anni, non è stata mai destinataria dall'amministrazione intimata, a fronte di specifiche richieste inoltrate al Comune intimato tra il 2015 ed il 2019. La società ricorrente ha quindi interesse a verificare che il suo mancato invito e/o la mancanza di affidamenti in suo favore, nel corso dei passati cinque anni, non siano avvenuti in spregio ai generali principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione.

L'istanza è quindi preordinata alla verifica della legittimità dell'operato posto in essere dalla parte resistente nell'ambito dell'attività correlata allo svolgimento di procedure di evidenza pubblica.

Gli atti ed i provvedimenti oggetto di richiesta di accesso sono ostensibili in quanto non coperti da alcun segreto né da particolari forme di riservatezza, e non incidenti sulla sfera giuridica di altri operatori del settore essendo stati richiesti solo i provvedimenti preliminari alle singole procedure di affidamento ossia quelli meramente preparatori.

Il diniego impugnato pertanto è illegittimo poiché, contrariamente a quanto assunto, la richiesta di accesso non ha ad oggetto tutti gli atti e i documenti degli affidamenti sopra e sotto la soglia di 40.000,00 euro, ma solo gli atti e i provvedimenti preliminari, e comunque non può dubitarsi dell'interesse e della legittimazione della ricorrente quale operatore del settore.

Concludeva quindi per l'accoglimento del ricorso e dei connessi motivi aggiunti con vittoria di spese giudiziali.

Il Comune di Moscufo si costituiva per opporsi al ricorso chiedendone il rigetto.

Alla camera di consiglio dell'8.11.2019 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Con istanza di accesso del 10.06.2019 parte ricorrente ha chiesto l'ostensione di tutti i provvedimenti, atti e documenti relativi e comunque connessi a tutte le procedure di selezione del contraente e di aggiudicazione di lavori e opere al di sopra ed al di sotto della soglia di 40.000,00 euro, sia dei lavori e delle opere di somma urgenza, sia dei lavori di affidamento diretto avviati dal Comune intimato nel periodo 2015-2019 e precisamente:

- 1) di tutti gli atti e i provvedimenti posti in essere ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare a ciascuna delle predette procedure;
- 2) degli inviti spediti a ciascuno degli operatori economici in relazione a ciascuna delle predette procedure;

L'istanza veniva denegata per la natura "massiva" della richiesta che impone un'attività straordinaria all'amministrazione, nonché per la genericità della richiesta preordinata ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione, e per la possibilità di reperire la documentazione richiesta sul sito istituzionale dell'ente.

3. Tanto premesso in fatto, deve rilevarsi che il ricorso è fondato e merita accoglimento nei termini che di seguito si vanno ad esporre.

3.1 Sotto il profilo della legittimazione all'inoltro dell'istanza ostensiva da parte di un'impresa terza rispetto ad atti relativi a procedure di evidenza pubblica, va rimarcato che, secondo una giurisprudenza del tutto pacifica, l'impresa che intende contestare un affidamento diretto o senza gara, pur non dovendo dimostrare

l'esistenza di una posizione giuridica differenziata rispetto all'oggetto dell'invocata gara pubblica, deve comprovare la propria legittimazione, quale "operatore economico dello specifico settore", a contestare in sede giurisdizionale detto affidamento diretto, dovendosi diversamente rilevare l'assenza di un interesse ad agire (ex multis da ultimo T.a.r. Emilia Romagna – Bologna sez. II, 5 maggio 2014, n. 460; Cons. St., sez. IV, 20 agosto 2013 n. 4199; T.a.r. Lombardia – Milano 7 novembre 2012 n. 2686).

Nel caso di specie la società ricorrente ha dato prova dello svolgimento a titolo professionale dell'attività relativa agli atti oggetto di richiesta ostensiva, per cui non vi sono dubbi sulla legittimazione dell'istante ad invocare in sede giurisdizionale l'accesso alle procedure invocate.

Il riconoscimento della legittimazione al ricorso giurisdizionale deve a maggior ragione riflettersi, ad avviso del Collegio, anche in punto di legittimazione all'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, essendo la posizione giuridica dell'impresa dello specifico settore (potenzialmente idonea ad essere invitata) in quanto iscritta negli Elenchi Operatori Economici in relazione al medesimo ambito territoriale validi per il periodo 2012-2015, differenziata rispetto ad un qualunque altro operatore del mercato (Cons. St. sez. VI, 22 novembre 2012, n.5936).

3.2 Ciò chiarito in punto di legittimazione all'accesso, occorre altresì verificare l'interesse nonché il rapporto della strumentalità dell'istanza di accesso presentata dal ricorrente in relazione alla tutela in giudizio della pretesa sostanziale, ad essa sottesa, al conseguimento del contratto in esame.

Come noto, l'art 22 c.1, lett b) della legge n. 241/90 nel testo novellato dalla legge 11 febbraio 2005 n.15, richiede per la legittimazione attiva all'esercizio del diritto di accesso la titolarità di "di interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso".

Ed infatti, la società ricorrente, in qualità di azienda operante nel settore edilizio, è titolare di un interesse a partecipare alle procedure di selezione diretta che si svolgono nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Tale posizione giurisprudenziale assume ancor più rilievo alla luce della nuova disciplina delle procedure sottosoglia contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 e della valorizzazione del principio di rotazione (cfr. Linee Guida ANAC n. 4/2016)

Stante la sopra descritta inclusione della società istante tra i soggetti potenzialmente idonei a partecipare alle procedure oggetto di richiesta ostensiva, è evidente la ricorrenza in atto in capo alla medesima di un interesse diretto concreto ed attuale a verificare, anche a fini risarcitori, che i criteri sanciti in materia dal codice degli appalti a tutela della concorrenza, della trasparenza e della parità di trattamento siano stati osservati; ciò è sufficiente per fondare un diritto all'accesso agli atti relativi alle forniture in economia (T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 settembre 2011 n. 2264).

3.3 Il diritto di accesso ai documenti amministrativi costituisce infatti un "autonomo diritto all'informazione" accordato per la tutela nel senso più ampio e onnicomprensivo del termine e, dunque, non necessariamente ed esclusivamente in correlazione alla tutela

giurisdizionale di diritti ed interessi giuridicamente rilevanti e al fine di assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa; tale diritto all'informazione, oltre ad essere funzionale alla tutela giurisdizionale, consente agli amministrati di orientare i propri comportamenti sul piano sostanziale per curare o difendere i loro interessi giuridici, con l'ulteriore conseguenza che il diritto stesso può essere esercitato in connessione ad un interesse giuridicamente rilevante, anche se non sia ancora attuale un giudizio nel cui corso debbano essere utilizzati gli atti così acquisiti. Attraverso la tutela giurisdizionale del diritto di accesso sono dunque assicurate all'amministrato trasparenza ed imparzialità, indipendentemente dalla lesione in concreto da parte della P.A. di una determinata posizione di diritto o interesse legittimo, facente capo alla sua sfera giuridica.

Ciò in quanto l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi assurge a "bene della vita autonomo", meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo, in contrapposizione al sistema in vigore fino all'emanazione della l. n. 241 del 1990, fondato sulla regola generale della segretezza dei documenti amministrativi (così T.a.r. Lazio Roma sez. III, 9 giugno 2009, n. 5486; in termini anche Consiglio di Stato sez. VI, 14 dicembre 2004, n.8062; id. sez. V, 23 giugno 2011, n.3812; T.a.r. Emilia Romagna Bologna sez. I, 30 luglio 2014, n.806; T.a.r. Toscana sez. I, 1 luglio 2014, n. 1179).

3.4 A sua volta il comma 3 dell'art. 22 cit. prevede che "tutti i documenti amministrativi sono accessibili ad eccezione di quelli indicati all'art 24 c.1, 2, 3, 5 e 6" mentre l'art 24 c.7, precisa che "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai

documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”.

Secondo la disciplina del diritto di accesso “ordinario” contemplata dagli artt. 22 e seg. della legge 241 del 1990, il rapporto di strumentalità non viene inteso in senso assoluto, dovendo l’accesso essere garantito qualora sia funzionale “a qualunque forma di tutela, sia giudiziale che stragiudiziale, anche prima e indipendentemente dall’effettivo esercizio di un’azione giudiziale” (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 23 febbraio 2010, n.1067; id. id. sez. IV, 6 agosto 2014, n.4209).

La giurisprudenza ha accolto un’interpretazione estensiva del concetto di “difesa in giudizio” riconducendo a esso ogni forma di tutela di posizioni giuridiche e ha classificato le compressioni previste dai commi 2 e 5, articolo 53, del d.lgs 50/2016 quali norme speciali, rispetto alla legge 241/1990, da interpretarsi in modo restrittivo.

Le deroghe a queste eccezioni, contenute nel comma 6 dell’articolo 53, determinano una riespansione del diritto generale di accedere agli atti, e sono “eccezioni all’eccezione” e, pertanto, regola.

Per tali ragioni, il diritto di accesso difensivo non viene meno a seguito del decorso del termine utile per intraprendere azioni giurisdizionali volte ad esperire la tutela impugnatoria ai fini caducatori (soggetta allo stringente termine decadenziale dimezzato) che non esaurisce lo spettro di forme di difese in giudizio del concorrente non aggiudicatario, ben potendo, anche nella stessa sede giurisdizionale-amministrativa, azionare l’autonoma e concorrente tutela risarcitoria nel più ampio spatium temporis ivi previsto.

Ciò in linea con un univoco trend normativo volto ad ampliare in termini quali-quantitativi il valore della trasparenza amministrativa sia con riguardo alla generale azione della P.A., sia nello specifico settore dei contratti pubblici, per cui dell'accesso c.d. defensionale deve essere data un'opzione ermeneutica non restrittivo-limitativa, ma al contrario ampliativo-estensiva, nel senso appunto di ricondurre al concetto di "difesa in giudizio" degli interessi del concorrente ogni forma di tutela delle proprie posizioni giuridiche.

Per le stesse ragioni l'interesse all'accesso c.d. defensionale ai documenti va sempre valutato in astratto, senza che possa essere operato, con riferimento al caso specifico, alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale (anche sotto il profilo risarcitorio) che l'interessato potrebbero azionare. Quindi la legittimazione all'accesso non può essere valutata "alla stessa stregua di una legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante" (ex multis Consiglio Stato sez. IV, 6 agosto 2014, n.4209; id. sez. V 10 gennaio 2007, n. 55; T.a.r. Umbria 30 gennaio 2013, n. 56).

4. La valenza autonoma del diritto di accesso rispetto alla pretesa sostanziale sottostante, quantomeno in passato, risultava affermata in giurisprudenza anche in riferimento ai procedimenti di affidamento di contratti pubblici, riconoscendone la tutela anche in assenza di una rituale impugnazione degli esiti del procedimento di gara in relazione alla quale l'accesso è stato richiesto (ex plurimis Cons. St. sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418; id. sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14).

4.1 Rispetto al settore degli appalti pubblici il diritto di accesso si è connotato da specialità, in quanto oggetto di specifica disciplina (art. 13 d.lgs. n. 163/2006 ed ora art. 53 d.lgs. n. 50/2006) caratterizzata

da un più stretto rapporto di strumentalità, ovvero quale accesso strettamente “difensivo”.

Infatti, la disciplina dettata in origine dall’art. 13 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 era più restrittiva di quella generale imposta dall’art. 24, l.7 agosto 1990 n. 241, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che nel primo caso l’accesso è consentito solo al concorrente che abbia partecipato alla selezione, che sul piano oggettivo, essendo l’accesso condizionato alla sola comprovata esigenza di una difesa in giudizio, laddove il cit. art. 24, l. n. 241 del 1990 offre un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l’accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione sul piano processuale (così Consiglio di Stato sez. V, 17 giugno 2014, n. 3079; id. sez. VI, 22 novembre 2012, n.5936; T.A.R. Sardegna sez. II, 4 dicembre 2013, n.821).

L’articolo 53, comma 1, del d.lgs 50/2016 fissa quale principio generale il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, che è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 241/1990 e da disposizioni specifiche.

In relazione alle offerte il diritto di accesso è differito all’aggiudicazione, ma è escluso in relazione alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali (articolo 53, comma 5, lettera a del Dlgs 50/2016). Nondimeno, pure in relazione a tale ipotesi, è consentito l’accesso al concorrente per la difesa in giudizio dei propri interessi (articolo 53, comma 6, del d.lgs 50/2016).

4.2 Tuttavia tale disciplina speciale dell’accesso non è applicabile allorquando le esigenze conoscitive degli interessati non si pongano

in conflitto con esigenze di riservatezza dei terzi e/o della stazione appaltante, trovando piena applicazione, invece, la generale disciplina sul diritto di accesso garantita dagli artt. 22 e seg. della legge 241 del 1990 nei confronti di tutti i portatori “di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l’accesso”.

In altri termini, se l’accesso è diritto dell’interessato ammesso in via generale dalla norma della l. n. 241/1990, le compressioni di cui ai commi 2 e 5 dell’art. 53 del Codice rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo (attenendosi a quanto tassativamente ed espressamente contenuto in esse); mentre le deroghe a tali eccezioni, contenute nel comma 6 di tale ultima disposizione, consentendo una riesplorazione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate “eccezioni all’eccezione” e, dunque, nuovamente regola.

5. Nella fattispecie per cui è causa, nessuna esigenza di tutela della riservatezza è ravvisabile né pare concretamente sussistente.

Le esigenze ostensive della ricorrente appaiono senz’altro funzionali al proprio interesse alla verifica di eventuali infrazioni al corretto spiegarsi della libera concorrenza oltre che alla stessa tutela giurisdizionale, quale operatore economico dello specifico settore.

Il diniego opposto dall’Amministrazione è pertanto ingiustificato e va quindi affermato il diritto di accesso del ricorrente alla documentazione richiesta in quanto funzionale per la difesa dei propri interessi giuridici, a norma degli artt. 22 e seg. L.241/90, nel senso e nei limiti di seguito precisati.

A ben vedere tra i documenti oggetto di richiesta ostensiva e l'interesse fatto valere deve sussistere un rapporto di strumentalità che va inteso in senso ampio, ossia in modo che la documentazione richiesta deve essere mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse.

In proposito, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito (cfr. Sezione V, 27 settembre 2004, n. 6326; 24 maggio 2004, n. 3364; 1° giugno 1998, n. 718; 15 giugno 1998, n. 854; Sezione IV, 17 gennaio 2002, n. 231) che la tutela del diritto all'informazione e alla conoscenza dei documenti della Pubblica Amministrazione assicurata dal legislatore con le norme sull'accesso non può dilatarsi al punto da imporre alla P.A. un vero e proprio facere, che esula completamente dal concetto di accesso configurato dalla legge, consistente soltanto in un pati, ossia nel lasciare prendere visione ed al più in un facere meramente strumentale, vale a dire in quel minimo di attività materiale che occorre per estrarre i documenti indicati dal richiedente e metterli a sua disposizione.

Pertanto, tenuto conto della natura dell'interesse fatto valere in giudizio e della funzione defensionale dell'istanza, l'accesso va consentito in quanto necessario alla tutela delle prerogative di parte ricorrente.

Nella specie l'istante con il ricorso in esame ha interesse a verificare con quali modalità e rispetto a quali procedure siano state individuate le ditte da invitare alle procedure di selezione per l'affidamento diretto di lavori, per un arco di tempo determinato, nonché per una data tipologia di procedure di minimo importo, sicché, tenuto conto anche che trattasi di Comune di piccole dimensioni, non appare

percorribile né sostenibile che per il tempo oggetto di richiesta l'evasione dell'istanza di accesso richieda una enorme mole di lavoro per l'ufficio interessato, e nemmeno possono ricadere a danno dell'interessato eventuali disservizi dell'amministrazione legati alla opposta carenza di personale. Né sotto altro profilo l'amministrazione ha comprovato in giudizio l'assunto secondo cui i documenti richiesti sarebbero disponibili sul sito istituzionale, il che peraltro, ove corrispondente al vero, smentirebbe la eccezione relativa alla eccessiva onerosità della evasione della richiesta, nonché la finalità di "controllo generalizzato" della stessa.

In definitiva per le ragioni esposte il ricorso va accolto e le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i dinieghi impugnati e dichiara l'obbligo delle intimate amministrazioni di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura, degli atti e documenti richiesti, nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Condanna il Comune di Collecervino al rimborso delle spese di giudizio in favore di parte ricorrente nella misura di € 2000,00 (duemila,00) oltre accessori di legge se dovuti, e del contributo unificato al passaggio in giudicato della decisione.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Renata Emma Ianigro, Presidente FF, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL SEGRETARIO