

Accesso civico per gli atti di gara?

Data di pubblicazione: 18 settembre 2018

TIZIANO TESSARO e MARGHERITA BERTIN, Quale accesso civico per gli atti di gara* (nota a TAR Emilia-Romagna, Parma, 18 luglio 2018).

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).

Atto amministrativo – Diritto di accesso – Diritto di accesso generalizzato ex art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013 – Nel caso di atti di gara di appalto e di contratti di appalto – Inapplicabilità – Riferimento alla disciplina speciale prevista dall’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016.

E' legittimo il provvedimento con il quale l'Amministrazione appaltante ha respinto una richiesta di accesso ex art. 5, comma 2, del [d.lgs. n. 33/2013](#), relativa alla documentazione di gara nella sua interezza ed al contratto di appalto stipulato, atteso che tale richiesta non rientra 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](#)). Infatti 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, fatte salve le eccezioni contenute nello stesso testo normativo di riferimento, alla disciplina ordinaria in materia di accesso; tale speciale disciplina contenuta nell'art. 53 cit. (ivi ricompreso l'espresso richiamo all'applicabilità delle regole in materia di diritto di accesso ordinario) deve considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis su richiamato (1).

(1) Il testo della sentenza è riportato in calce al presente documento.

Commento di

TIZIANO TESSARO e MARGHERITA BERTIN

Quale accesso civico per gli atti di gara

Alcune recenti sentenze della giurisprudenza amministrativa sembrano mettere un freno all'applicabilità del c.d. accesso civico generalizzato nell'ambito del codice appalti e ciò in apparente conflitto con quanto affermato da Anac nella delibera n. 317 del 29 marzo 2017 relativa, in particolare, al rapporto tra l'accesso di cui all'art. 53 del d.lgs. 50/2016 da un lato e gli accessi di cui agli articoli 43 del Tuel, 22 della L. 241/1990 e 5, comma 2 del d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016.

Si mette in luce per la particolare e dirimente esegesi dei testi normativi, la sentenza del TAR Emilia-Romagna, Parma, n. 197 del 18 luglio 2018, secondo la quale, sostanzialmente, 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) deve considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. 33/2013.

La vicenda oggetto di scrutinio riguardava un diniego di accesso ex art. 5, comma 2 del d.lgs. 33/2013, relativi agli atti dell'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di automezzi appartenuti ad una Azienda sanitaria nel triennio 2013/2015. Il Consorzio istante eccepeva che il diniego opposto dalla citata Azienda era carente sotto il profilo motivazionale - non menzionando alcuna delle ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di accesso civico previste dall'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, comunque insussistenti, secondo il ricorrente – oltre che erroneo, se inteso quale diniego di qualificazione del diritto di accesso azionato, nel senso indicato dal richiedente stesso.

L'Azienda sanitaria aveva respinto la richiesta di accesso rilevando, che essa, come formulata, non rientrava "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)" (espressione forse non impeccabile quanto a chiarezza che, tuttavia, meglio sarà espressa più avanti).

Il Collegio, nel ricostruire la vicenda, dopo aver qualificato come accesso civico generalizzato ex art. 5, comma 2, quello avanzato dal Consorzio, teso com'era 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, ha ricordato che tale forma di accesso non patisce limitazioni soggettive e 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*" salvo i casi di esclusione di cui all'art. 5-bis del medesimo decreto 33.

Il Tar ha poi osservato che i dati, gli atti e le informazioni richieste dal Consorzio (da un lato, i documenti di una gara di appalto già espletata e dalla quale lo stesso era stato escluso e dall'altro una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale, esaurito, scaturito da tale gara), potevano essere 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'analisi delle norme effettuata dal Collegio inizia, pertanto, rilevando che la disciplina per l'accesso agli atti afferenti alle procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi, è stabilita dall'art. 53 e che nell'ambito di questa particolare e specifica 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". L'art. 53, quindi, riconduce espressamente la disciplina applicabile per tutti i documenti richiesti dal Consorzio ricorrente (di gara e di esecuzione del contratto), alla disciplina ordinaria in materia di accesso, fatte salve le eccezioni contenute nello stesso decreto 50/2016.

Il comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013, prosegue il TAR, 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": sono questi i casi di "esclusione assoluta" dell'accesso nei quali la PA che detiene i documenti richiesti non ha alcuna possibilità di comparazione discrezionale degli interessi coinvolti.

Il Collegio, quindi, giunge alla conclusione che 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) deve considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis appena citato, e ciò sulla base di un duplice rilievo, testuale e interpretativo.

Particolari le scelte lessicali del TAR che paiono ribadire e confermare, ancor più decisamente, il ragionamento giuridico dissipando ogni dubbio al riguardo: "*da un punto di vista letterale, il comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 è crystalino (sottolineatura degli Autori) 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”. Ciò in quanto, prosegue il Collegio, 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; e 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. Quindi, questa precisa norma di legge rimanda espressamente, in parte derogandola, alla disciplina dell’accesso ordinario ex L. 241/1990.

Le ulteriori considerazioni del Collegio riguardano la consapevolezza che il nuovo codice dei contratti pubblici è precedente all’introduzione dell’accesso pubblico generalizzato per gli atti non soggetti a pubblicazione obbligatoria, rilevando al riguardo che, comunque, è stato lo stesso legislatore del 2016 a considerare e regolamentare l’ipotesi di discipline sottratte per voluntas legis alla possibilità di accesso generalizzato, sebbene queste possano essere antecedenti all’introduzione del nuovo istituto della trasparenza.

Quanto al profilo interpretativo e giustificativo della ratio della sottrazione 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, la sentenza sottolinea che tali atti sono formati e depositati all’interno di una disciplina del tutto speciale e a sé stante, 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 forza di ciò, secondo i Giudici parmensi, *“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”*.

La pronuncia oggetto di scrutinio brilla anche nelle considerazioni finali svolte dal TAR, riportate testualmente: *“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”*.

Pertanto, il Collegio ha respinto il ricorso del Consorzio non ritenendo *“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”*.

Riassumendo, quindi, il testo *“cristallino”* del primo comma dell’art. 53 del nuovo codice appalti, esclude, nell’interpretazione datane nella sentenza *de qua*, l’applicabilità dell’art. 5, comma 2 del d.lgs. 33/2013, agli atti di gara.

Peraltro, tale orientamento non sembra neppure isolato: una ancor più recente sentenza del Consiglio di Stato sembra andare, infatti, nella stessa direzione (sentenza n. 3953 del 27 giugno 2018).

Il caso sottoposto al Consiglio di Stato riguardava una richiesta di accesso ex art. 22 della L. 241/1990, avanzata da una agenzia marittima, agli atti di una gara per la fornitura di un servizio idrico in area portuale. L'agenzia, già fornitrice del servizio giuste autorizzazioni risalenti nel tempo, non aveva partecipato alla stessa gara, la quale si era conclusa con l'affidamento del servizio, da parte dell'autorità di sistema portuale, ad una s.p.a. L'autorità di sistema portuale contestava la legittimazione dell'agenzia marittima in quanto "la disciplina dell'accesso ai documenti della procedura di gara è posta dall'art. 13 d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163 *ratione temporis* applicabile... che lo limita al solo concorrente e per la sola esigenza di una difesa in giudizio; elementi entrambi carenti nel caso in esame per non aver l'agenzia ... preso parte alla procedura di gara e, in ogni caso, per essere ormai spirati i termini per l'impugnazione al giudice amministrativo degli atti di gara".

Come ricordato dai Giudici di Palazzo Spada, la giurisprudenza ritiene che l'art. 13 del d.lgs. 163/2003, la cui formulazione è identica a quella dell'art. 53 già citato, "costituisce norma eccezionale la cui portata va limitata sia soggettivamente ad altro concorrente che proponga istanza di accesso alla stazione appaltante, che oggettivamente alla sola tutela in giudizio dei propri interessi (cfr. Cons. giust. amm. Sic., 23 settembre 2016, n. 324 e Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1056)". Tuttavia, prosegue la sentenza, "si è, però, precisato ulteriormente che "al di là della platea dei concorrenti che competono per il bene della vita dell'aggiudicazione e di quanto l'accesso è strumentale, e in ragione del rinvio contenuto nel primo comma dell'art. 53 alla L. 7 agosto 1990, n. 241, le fattispecie, diverse da quelle ricordate dalla giurisprudenza circa i concorrenti, restano per i terzi disciplinate dalle disposizioni generali degli articoli 22 e ss. L. 7 agosto 1990, n. 241" (così Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2017, n. 4813)".

La sentenza, quindi, procede affermando che "valgono, dunque, per l'odierno ricorrente (agenzia marittima) le regole generali poste dagli artt. 22 e ss. l. 7 agosto 1990, n. 241 e, segnatamente la previsione per la quale possono accedere ai documenti "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano 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, lett. b)", ritenendo così la stessa agenzia in possesso dell'interesse qualificato richiesto dalla norma da ultimo citata.

Anche in questo caso, la richiesta di accesso proveniva da soggetto che non aveva partecipato alla gara di cui si chiedevano gli atti mentre, contrariamente alla sentenza prima analizzata, il diniego impugnato riguardava una richiesta di accesso ordinario ex art. 22 L. 241/1990 e non civico generalizzato. Tuttavia, pare potersi desumere lo stesso principio: ovvero, in caso di richiesta di accesso agli atti di gara da parte di soggetti non partecipanti alla stessa, non è sostenibile l'utilizzo della disciplina prescritta dall'art. 5, comma 2 del decreto trasparenza, potendosi fare ricorso solamente all'accesso ordinario in presenza, chiaramente, dei requisiti previsti dalla legge sul procedimento amministrativo.

L'esclusione dell'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara, come pare emerge dalla giurisprudenza sopra richiamata, sembra andare in aperto ed insanabile conflitto con quanto affermato da Anac nella delibera 317/2017 citata nel primo capoverso concernente, tra i vari, il rapporto tra il diritto di accesso agli atti di gara, di cui al Codice dei contratti pubblici, D.lgs 18 aprile 2016, n. 50 (che abroga e sostituisce il D.lgs 12 aprile 2006, n. 163) con il diritto di accesso civico generalizzato, disciplinato dall'art. 5, D. lgs 14 marzo 2013, n. 33.

Anac, in questa delibera, afferma che le disposizioni speciali contenute nel Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento, rientrano nell'ambito dei limiti e delle condizioni di cui all'art. 5-bis ai fini dell'esclusione o della limitazione del diritto di accesso civico generalizzato.

L'Autorità Anticorruzione, altresì, ricorda che "*l'art. 53 del D.lgs 50/2016 dispone non un'esclusione assoluta, ma solo il differimento dell'accesso in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione (art. 53, comma 2, lett. d, Codice dei contratti)*" e quindi prosegue affermando che "*Alla luce di tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs. 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.lg.s 33/2013 ... Si ritiene, pertanto, che l'accesso civico generalizzato ove invocato ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.lgs 33/2013, incontri il limite previsto dall'art. 53 del*

Codice dei contratti pubblici, ma che possa comunque essere concesso, senza alcun obbligo di motivazione, alla scadenza del termine ivi previsto, ovvero dopo l'aggiudicazione, nel rispetto della tutela dei dati personali e degli interessi economici e commerciali dei soggetti coinvolti, secondo quanto disposto all'art. 5-bis, comma 2, del D.lgs. 33/2013'.

Il contrasto con la giurisprudenza qui commentata appare emergere proprio con riferimento con riferimento alle richieste di accesso civico generalizzato che Anac comunque ammette, sebbene sottoponendole, prima dell'aggiudicazione, ai divieti di accesso ex art. 53 cit. , e dopo l'aggiudicazione (ovvero alle altre scadenze previste dall'art. 53, comma 2) ai limiti ex art. 5-bis, mentre vengono escluse in radice dal Tar Emilia – Romagna, Parma, e dal Consiglio di Stato (che pur riguardavano accessi agli atti di gare concluse o comunque aggiudicate).

Nei pronunciamenti sopra riportati, infatti, e soprattutto nel primo che concerne proprio una richiesta di accesso ex art. 5, comma 2, il diritto di accesso civico generalizzato è escluso *tout court*, senza menzione e a prescindere dal momento in cui esso è stato richiesto.

Il TAR Parma, si vuole qui ricordare, afferma, atteso il chiaro tenore letterale dell'art. 53, comma 1 del Codice appalti, che soggetti terzi alla gara possono avanzare domanda di accesso agli atti unicamente qualora siano portatori di un interesse diretto, concreto e attuale nel senso di cui all'art. 22 della L. 241/1990, pur considerando che non è escluso che il legislatore possa determinarsi in modo diverso in futuro.

Quindi, in definitiva e prudentemente, sulla scorta degli indirizzi sin qui espressi dalla giurisprudenza, parrebbe potersi conclusivamente rilevare che: i soggetti partecipanti ad una gara possono accedere agli atti della stessa nei termini di cui all'art. 53 del d.lgs. 50/2016; i soggetti terzi possono eventualmente accedere agli atti di una gara solo ai sensi dell'art. 22 della L. 241/1990; i soggetti privi dell'interesse qualificato di cui all'ultima norma citata, non possono accedere agli atti di gara, indifferente il momento in cui la richiesta di accesso è presentata (e salvi chiaramente l'accesso agli atti e i documenti a pubblicazione obbligatoria ex art. 5, comma 1 d.lgs. 33/2013).

Come sottolineato dal Tar nella prima sentenza sopra riportata, non è escluso che il legislatore possa decidere, in futuro, di determinarsi diversamente da quella che, attualmente, pare essere l'esclusione dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara (ma ciò, come evidenziato nella pronuncia dovrà essere fatto in modo espresso, chiaro e inequivoco): tuttavia, prima di tale momento, ed in attesa dello stesso, diviene necessaria una ricomposizione degli orientamenti applicativi , e segnatamente di quelli già espressi con la citata delibera 317/2017.

Documenti correlati:

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), pag. <http://www.lexitalia.it/a/2018/105968>

Pubblicato il 18/07/2018

N. 00197/2018 REG.PROV.COLL.

N. 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:

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