Applicabilità dell'accesso civico nella materia degli appalti pubblici

T.A.R. Toscana - Firenze - Sentenza 17 aprile 2019, n. 577

N. 577/2019 Reg. Prov. Coll.
N. 151 Reg. Ric.
ANNO 2019

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 151 del 2019, proposto da D. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl Toscana Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Foglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Aristide Police, Fabio Cintioli, Gennaro Rocco Notarnicola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ugo Franceschetti in Firenze, via Maggio, 7;

per l'annullamento

della nota della Azienda USL Toscana Centro datata 02.01.2019, con la quale si comunicava il diniego di accesso agli atti richiesti dalla D. S.r.l.; nonché, e per quanto occorrer possa, di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ancorché sconosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl Toscana Centro e di C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019 il dott. Saverio Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1 - D. s.r.l., odierna ricorrente, in qualità di mandante del RTI costituito con altre società, si classificava al secondo posto in graduatoria nella procedura di gara avviata da P. s.p.a. volta all'individuazione del soggetto cui affidare il "Servizio Integrato Energia per le Pubbliche Amministrazioni", nella quale il RTI con C. in qualità di mandatario veniva dichiarato aggiudicatario (come da comunicazione del 12 dicembre 2014).

In data 6 dicembre 2018 la ricorrente formulava all'Azienda USL Toscana Centro istanza di accesso agli atti, con la quale chiedeva di verificare che l'esecuzione del contratto si svolgesse nel rispetto del capitolato tecnico e dell'offerta effettuata in sede di gara, posto che eventuali inadempienze avrebbero comportato la risoluzione del contratto per inadempimento ed il conseguente affidamento del servizio alla medesima ricorrente, nella sua qualità di mandante dell'ATI seconda in graduatoria, da cui l'interesse della D. S.r.l. a "sapere se in concreto il servizio viene attualmente svolto nel rispetto della disciplina di gara e dell'offerta ritenuta migliore".

Con nota del 10 dicembre 2018, C. (interpellata dall'Azienda USL) dichiarava di opporsi all'ostensione della documentazione richiesta da D., in quanto relativa alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale e non pertinente né rispetto alla gara svolta né al giudizio pendente al TAR del Lazio per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

L'Azienda rispondeva in data 2 gennaio 2019, con il provvedimento di diniego impugnato in questa sede, rilevando che "la documentazione richiesta concerne una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito dalla gara in oggetto, e perciò ricompresi nel concetto più generale di "atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", con conseguente applicazione dei limiti stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241".

Nel ricorso proposto ex art. 116 c.p.a., quanto alla sussistenza dell'interesse, la ricorrente, premesso che l'art. 140 del D. Lgs. n. 163/2006 (applicabile ratione temporis), così come l'art. 110

del D. Lgs. n. 50/2016, prevede che - nel caso di risoluzione del contratto - la

S.A. possa procedere allo scorrimento della graduatoria, interpellando il secondo classificato, precisa: di agire in giudizio, auspicando che l'Amministrazione ricorra poi alla procedura di cui all'art. 140 D. Lgs. 163/2006; che il suo interesse permarrebbe, anche ove la decisione dell'Amministrazione fosse quella di bandire una nuova gara, cui la D. potrebbe partecipare; che l'interesse ad ottenere i documenti richiesti consisterebbe in una migliore difesa nel predetto giudizio e il collegamento degli atti richiesti con la situazione soggettiva da tutelare sarebbe evidente atteso che sia i documenti che il giudizio ineriscono alla medesima gara di affidamento.

Nel merito, la ricorrente deduce: violazione dei principi e delle norme in tema di accesso; violazione degli artt. 3 e 5 del D. Lgs. n. 33/2013; eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta.

In particolare, sotto un primo profilo, parte ricorrente sostiene che, anche se si volesse applicare unicamente la normativa degli articoli 22 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241, sussisterebbe un interesse qualificato e concreto, legato alla tutela dei propri interessi in giudizio; sotto un secondo profilo, l'accesso doveva comunque essere concesso, anche in base al D. Lgs. n. 33/2013, il quale avrebbe fissato nuovi principi in materia di accesso. Ne segue che le norme del 2013 devono applicarsi come regola generale del sistema della trasparenza e non concorrono con altre, se non nella misura in cui alcune discipline settoriali limitano l'accesso a determinati documenti, rappresentando così l'eccezione alla regola posta dal D. Lgs. n. 33/2013.

In altri termini, non sarebbe più richiesto uno specifico interesse per accedere agli atti pubblici, fuorché quelli espressamente esclusi (con doverosa interpretazione restrittiva dei casi di esclusione); pertanto, in virtù della nuova normativa sarebbe sempre ammesso il controllo diffuso sugli atti della P.A. e ciò con specifico e particolare riferimento agli atti contrattuali ed all'esecuzione dei contratti.

In definitiva, D. s.r.l., con il ricorso in esame, non fa più valere (solo) la sua posizione di concorrente originaria, ma altresì quella di soggetto/cittadino che come tale "indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive ... ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione".

Costituita in giudizio, l'Azienda USL Toscana Centro ha, preliminarmente, eccepito difetto di legittimazione passiva, essendo essa priva della qualità di stazione appaltante (spettante a P. s.p.a. la quale soltanto potrebbe aggiudicare la gara al secondo classificato); tale eventualità sarebbe in ogni caso del tutto ipotetica, atteso che l'affidataria svolge la propria attività nel rispetto delle prescrizioni del Capitolato di gara, non essendo stata mai contestata alcuna inadempienza tale da rendere ipotizzabile la risoluzione anticipata del contratto; l'interesse infine sarebbe insussistente, atteso che risulta inibito l'accesso ai documenti relativi alla fase esecutiva del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione (come affermato dalla giurisprudenza: Cons. Stato, V, 11.06.2012 n. 3398); nel merito, ha chiesto che il ricorso sia rigettato in quanto infondato.

Costituito in giudizio, C., in qualità controinteressato, ha evidenziato quanto segue: con ricorso proposto avanti al TAR del Lazio, l'ATI con capogruppo M. e mandanti D. e A. s.r.l., impugnava il provvedimento di aggiudicazione, ma successivamente rinunciava al gravame (come da sentenza del TAR adito n. 1017/2015); con successivo ricorso al TAR del Lazio D. instava per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva del lotto n. 5, risalente al 2014 e con successiva istanza del 16.03.2018 inoltrava istanza di accesso agli atti relativi alla fase di realizzazione della gara; il successivo ricorso proposto avverso il diniego opposto da P. ex art. 116 c.p.a. è stato infine respinto dal TAR del Lazio con sentenza n. 425 del 14 gennaio 2019; nelle more della pubblicazione della suddetta pronuncia, D. ha formulato nei confronti dell'Azienda USL Toscana Centro l'istanza di accesso agli atti di cui è causa.

In conclusione, C. ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e nel merito la sua infondatezza.

Alla camera di consiglio sopra indicata, previa discussione delle parti, la causa è passata in decisione.

2.1 - La ricorrente fonda la propria pretesa di accedere agli atti della fase di esecuzione del contratto sull'art. 140 d.lgs. 162/2006 (applicabile ratione temporis) in base al quale, in caso di fallimento o di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero in caso di risoluzione del contratto, le stazioni appaltanti potranno interpellare i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara, al fine di stipulare un nuovo contratto.

Nella fattispecie (come già evidenziato da P. nella nota del 2.5.2018 e dalla stessa Azienda USL Toscana Centro), non sussiste alcuna ipotesi di risoluzione per inadempimento o di recesso dal contratto che possa giustificare il ricorso all'interpello previsto dalla norma.

Pertanto, l'istanza formulata dalla ricorrente - per il contenuto con cui è formulata - si traduce in un'indagine esplorativa tesa alla ricerca di una qualche condotta inadempiente dell'attuale aggiudicataria, di per sé inammissibile, non risultando da alcuna fonte di provenienza delle amministrazioni interessate, né avendo la ricorrente altrimenti fornito alcun elemento o indicato concrete circostanze in tal senso, la sussistenza di qualsivoglia inadempimento di C. nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Sul punto, come condivisibilmente affermato da consolidata giurisprudenza (da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, III, 7.12.2018 n. 11875; T.A.R. Emilia-

Romagna, Bologna, 4.4.2016 n. 366), è inammissibile una richiesta di accesso agli atti amministrativi avente natura meramente esplorativa, volta quindi ad un mero controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione.

2.2 - Né può convenirsi con la diversa prospettazione introdotta dalla ricorrente in sede di ricorso avverso il diniego impugnato, con la quale essa qualifica la propria domanda come istanza di accesso generalizzato ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 33/2013 (come modificato con d.lgs. 97/2016), pur tralasciando il rilievo formale della differente qualificazione normativa dell'istanza rispetto alla formulazione prescelta in sede amministrativa alla quale soltanto si riferisce la determinazione impugnata.

In via generale, "il legislatore, pur introducendo nel 2016 (l. 25 maggio 2016, n. 97) il nuovo istituto dell'accesso civico "generalizzato", espressamente volto a consentire l'accesso di chiunque a documenti e dati detenuti dai soggetti indicati nel neo-introdotto art. 2-bis d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e quindi permettendo per la prima volta l'accesso (ai fini di un controllo) diffuso alla documentazione in possesso delle amministrazioni (e degli altri soggetti indicati nella norma appena citata) e privo di un manifesto interesse da parte dell'accedente, ha però voluto tutelare interessi pubblici ed interessi privati che potessero esser messi in pericolo dall'accesso indiscriminato. Il legislatore ha quindi operato per un verso mitigando la possibilità di conoscenza integrale ed indistinta dei documenti detenuti dall'ente introducendo dei limiti all'ampio accesso (art. 5-bis, commi 1 e 2, d.lgs. 33/2013) e, per altro verso, mantenendo in vita l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi e la propria disciplina speciale dettata dalla l. 241/1990 (evitando accuratamente di novellare la benché minima previsione contenuta nelle disposizioni da essa recate), anche con riferimento ai rigorosi presupposti dell'ostensione, sia sotto il versante della dimostrazione della legittimazione e dell'interesse in capo al richiedente sia sotto il versante dell'inammissibilità delle richieste volte ad ottenere un accesso diffuso" (cfr. Cons. Stato, VI, n. 651/2018).

Circa l'ambito di operatività dell'istituto dell'accesso civico ed in particolare sulla sua applicabilità nella materia degli appalti pubblici, il Collegio non ignora che la giurisprudenza ha finora espresso orientamenti non univoci (T.A.R. Campania, Napoli, VI, n. 6028/17; T.A.R. Marche, I, n. 677/18; T.A.R. Lazio, Roma, II, n. 425/19; da ultimo, anche T.A.R. Toscana, I, n. 422/19).

Secondo un primo indirizzo, i documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. 50/2016 e pertanto restano esclusi dall'accesso civico c.d. generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013 (T.A.R. Emilia- Romagna, Parma, n. 197/18; T.A.R. Lombardia, Milano, I, n. 630/19).

In base ad un diverso indirizzo (come interpretato dalla ricorrente D.) l'art. 53 d.lgs. 50/2016 non va inteso come un rinvio fisso ma come volontà del legislatore di sottoporre l'accesso ai documenti di gara generici (non sensibili) alle norme ordinarie in tema di accesso, nella loro evoluzione storica e, pertanto, attualmente alla disciplina introdotta dal d.lgs. 33/2016, oltre tutto successivo al codice dei contratti, che afferma la regola generale della integrale trasparenza la quale implica il diritto di chiunque, senza la prova di una particolare legittimazione e senza onere di motivare la relativa istanza, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria, compresi tutti quelli attinenti alla fase del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicatario dell'appalto.

Invero, la sentenza del T.A.R. Lombardia (Milano, sez. IV, n. 45/2019 citata dalla ricorrente in opposizione alla precedente sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna, sez. Parma, n. 197/2018), ha statuito su un'istanza di accesso "alle offerte tecniche ed economiche e al piano finanziario" dell'aggiudicataria, e cioè ad atti che si collocano nella fase pubblicistica della procedura di affidamento, rispetto alla quale soltanto ha, condivisibilmente, affermato la piena applicabilità dell'acceso civico (sia pure nei limiti di cui all'art. 5 bis d. lgs. 33/2016).

2.3 - Nella fattispecie in esame, l'istanza di accesso agli atti si riferisce ad una serie di dati e documenti strettamente attinenti allo svolgimento del servizio, oggetto di appalto, laddove esistenti e detenuti dalla stazione appaltante, al fine di "verificare che l'esecuzione del servizio si svolga nel pieno rispetto di quanto richiesto dal Capitolato Tecnico"...; a tal fine si chiede di accedere "alla documentazione che attesti la corretta esecuzione delle prestazioni".

Ritiene il Collegio che l'esame della disciplina applicabile debba prendere le mosse dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 14.03.2013 n. 33, il quale dispone: "2. 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."

Il successivo comma 11, a sua volta, sancisce: "11. Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dal Capo II, nonché le diverse forme di accesso degli interessati previste dal Capo V della legge 7 agosto 1990, n. 241".

Il successivo art. 5 bis, dopo aver previsto i casi in cui l'accesso deve essere negato a tutela di taluni interessi pubblici (comma 1), nonché a tutela di taluni interessi privati (comma 2), al comma 3 dispone: "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".

Ne segue che non solo permane, in via generale, la disciplina delle forme di accesso agli atti diverse da quella introdotta dal d.lgs. 33/2013 (neppure richiamato dal pur successivo d.lgs. 50/2016), ma che l'accesso c.d. civico è escluso ove esso sia subordinato dalla legge vigente "al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti".

2.4 - Con specifico riferimento al profilo in questione, il Collegio ritiene pertanto che debba trovarsi il necessario punto di equilibrio risultante dall'applicazione dell'art. 53 d.lgs. 50/2016, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. 33/2013.

Per quanto riguarda dati, informazioni e documenti inerenti la fase esecutiva, successiva all'aggiudicazione del contratto di appalto, caratterizzata come noto da rapporti paritari, l'interesse della ex partecipante alla gara può configurarsi solo nel rispetto delle condizioni e dei limiti dell'accesso ordinario; nella fattispecie esso va escluso, attesa la palese assenza di qualsivoglia prospettiva di risoluzione del rapporto contrattuale e di un interesse attuale della ricorrente al subentro, neanche ipotizzabile sulla base degli elementi acquisiti in giudizio.

Diversamente si deve ritenere laddove l'accesso abbia ad oggetto dati e documenti (es. offerte tecniche ed economiche, piano finanziario) della fase pubblicistica della procedura di affidamento.

Infatti, come sancito dall'art. 37 comma 1 lett. b) d.lgs. 33/2013 (poi sostituito dall'art. 31, comma 1, d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97): "Le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

La norma da ultimo citata è infatti coerentemente inserita nel capo V (rubricato come "Obblighi di pubblicazione in settori speciali") del decreto legislativo, che sottopone ad accesso civico generalizzato tutta la documentazione oggetto di pubblicazione obbligatoria secondo il codice degli appalti.

Ne consegue una disciplina complessa, risultante dall'applicazione dei diversi istituti dell'accesso ordinario e di quello c.d. civico, che hanno un diverso ambito di operatività e grado di profondità con effetti diversificati con riferimento al settore speciale dei pubblici appalti.

In particolare, per quanto riguarda gli atti e documenti della fase pubblicistica del procedimento, oltre all'acceso ordinario è consentito anche l'accesso civico generalizzato, "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"; per quanto riguarda atti e documenti della fase esecutiva del rapporto contrattuale tra stazione appaltante ed aggiudicataria, l'acceso ordinario è consentito ai sensi degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241 e nel rispetto delle condizioni e dei limiti individuati dalla giurisprudenza, che nella fattispecie non risultano osservati.

3 - Conclusivamente, per le ragioni esposte, il ricorso va respinto in quanto infondato.

In ragione della novità della questione e degli orientamenti non univoci della giurisprudenza, le spese di giudizio vanno interamente compensate tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE EST
Saverio Romano

IL CONSIGLIERE
Gianluca Bellucci
IL CONSIGLIERE
Pierpaolo Grauso

Depositata in Segreteria il 17 aprile 2019