



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 della Campania

(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1754 del 2017, proposto da:
Gemis s.r.l., in persona del rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Luca Rubinacci con il quale elettivamente domicilia in Napoli alla via
Santa Lucia n. 15;

contro

Comune di Marigliano, in persona del rappresentante legale p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Salvatore Ferrara con il quale domicilia ai sensi dell'art. 25
c.p.a. in Napoli presso la segreteria del T.A.R.;

nei confronti di

Giemme Lavori s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa, dall'avvocato Alberto Saggiomo con il quale elettivamente domicilia in
Napoli alla via F. Caracciolo n. 15;

per l'annullamento

del provvedimento n. 6023 del 22 marzo 2017 con il quale il Comune di Marigliano ha negato l'accesso civico generalizzato agli atti richiesto in data 22 febbraio 2017 ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lg. n. 33/2013;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Marigliano e di Giemme Lavori S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2017 la dott.ssa Paola Palmarini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, la Gemis s.r.l. ha impugnato il provvedimento con il quale il Comune di Marigliano ha respinto l'istanza di accesso agli atti presentata in data 22 febbraio 2017 ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lg. n. 33/2013 volta "a visionare ed estrarre copia degli atti della Direzione dei lavori e/o del RUP, di estremi e data non conosciuta, da cui possa evincersi se l'appaltatore ha posto in opera i tubi offerti".

Premette la ricorrente:

- di aver partecipato alla procedura selettiva indetta dal MIT – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche di Campania, Molise, Puglia e Basilicata – avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di estensione della rete fognaria mista aggiudicata alla Giemme Lavori s.r.l. grazie alla componente tecnica dell'offerta;
- di aver, in particolare, perso la gara per la circostanza determinante che l'aggiudicataria ha offerto di porre in opera tubi in PVC rigido denominati Alvehol

prodotti dalla Sirci di diametro mm. 800 e mm. 1.200 con rigidità anulare SN 16 di difficile (se non impossibile) reperimento sul mercato e che:

- avendo il dubbio della reale posa in opera di tali tubi, in data 8 marzo 2016 chiedeva al Comune di Marigliano “di visionare ed estrarre copia degli atti della Direzione dei lavori e/o del Rup, di estremi e data non conosciuti, da cui potesse evincersi se l'appaltatore ha posto in opera i tubi offerti”;

- il Comune con la nota del 6 aprile 2016 negava l'accesso rilevando, tra l'altro, che “ogni impugnativa relativa alla gara va richiesta alla S.U.A. del Comune di Marigliano ovvero Provveditorato OOPP Campania, Molise e Puglia” e che la “disciplina di accesso agli atti afferenti la gara pubblica è regolata dall'art. 13 D. lg.vo 163/06, pur tuttavia sono scaduti ampiamente i termini per l'impugnativa della procedura di aggiudicazione alla ditte Giemme Lavori s.r.l.”;

- il diniego veniva impugnato avanti al T.A.R. che con la sentenza 5299/2016 respingeva il ricorso evidenziando, tra l'altro, che l'istanza di accesso non poteva essere esaminata alla luce del nuovo istituto dell'accesso civico in quanto non ancora entrato in vigore al momento della presentazione della domanda.

Da quanto precede la ricorrente ha riproposto la medesima istanza di accesso ai sensi della disciplina dell'accesso civico generalizzato che veniva negata dal Comune con il provvedimento in questa sede censurato sotto vari profili.

Si sono costituiti per resistere il Comune di Marigliano e la controinteressata Giemme Lavori s.r.l.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive posizioni.

Alla camera di consiglio del 12 dicembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato nei termini di cui si dirà.

Come esposto in fatto la ricorrente società ha chiesto al Comune di Marigliano ai sensi delle disposizioni in materia di accesso civico generalizzato (art. 5, comma 2

del d.lg. n. 33/2013) di “visionare ed estrarre copia degli atti della Direzione dei lavori e/o del RUP, di estremi e data non conosciuta, da cui possa evincersi se l'appaltatore ha posto in opera i tubi offerti”.

Il Comune di Marigliano ha negato l'accesso sulla base di una serie di considerazioni che saranno analizzate e confutate partitamente secondo un ordine logico diverso da quello utilizzato dall'amministrazione e prendendo nel contempo in esame le eccezioni della controinteressata.

1) L'istanza sarebbe generica, non sarebbe chiaro il tipo di informazione richiesta e avrebbe una “latitudine abnorme, siccome astrattamente riferibile ad una pluralità indifferenziata di atti”.

Sul punto è agevole replicare che l'informazione richiesta è assolutamente puntuale in quanto limitata a sapere se sono stati collocati i tubi in PVC della qualità promessa in sede di gara. Deve rammentarsi che l'accesso civico generalizzato ha ad oggetto non solo documenti ma anche “dati e informazioni”. E' evidente che nella fattispecie non risulta complicato per l'amministrazione individuare la documentazione in suo possesso dalla quale possa evincersi l'informazione richiesta.

2) L'istanza della Gemis sarebbe ispirata da motivazioni diverse (quelle del concorrente che ha perso la gara) e, pertanto, non si conforma allo spirito dell'accesso civico generalizzato; inoltre, non vi sarebbero i presupposti di cui al d.lg. n. 163/2006 per concedere l'accesso agli atti avendo la ricorrente fatto acquiescenza agli esiti della gara.

In primo luogo, deve osservarsi che l'istanza non è stata formulata ai sensi della normativa sugli appalti che qui non viene in rilievo.

In secondo luogo, va rilevato che l'accesso civico ha “lo 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..”.

Sotto tale profilo la richiesta di verificare l'effettiva posa in opera dei tubi promessi dalla controinteressata rientra pienamente nella finalità voluta dalla legge di consentire un controllo sull'uso delle risorse pubbliche.

Ritiene, inoltre, il Collegio che l'indagine sulle "reali motivazioni" del richiedente l'accesso civico generalizzato esuli dai compiti attribuiti al Comune che deve limitarsi a verificare che non ricorrano casi di esclusione previsti dalla legge.

3) La ricorrente rinverrebbe, in modo erroneo, la propria legittimazione all'accesso civico nelle statuizioni contenute nella sentenza n. 5299/2016 del T.A.R.

Al riguardo deve rilevarsi che il T.A.R. effettivamente non si è espresso sulla eventuale proponibilità di un'istanza ai sensi dell'accesso civico generalizzato in quanto la relativa normativa non era ancora entrata in vigore. Sul punto deve però ritenersi del tutto superflua l'osservazione del Comune in quanto ai sensi dell'art. 5, comma 3 del d.lg. n. 33/2013 l'esercizio del diritto all'accesso civico non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e non richiede motivazione.

4) La pronuncia del T.A.R. sarebbe vincolante per il Comune di Marigliano (la controinteressata invoca la formazione del giudicato) in quanto il giudice ha confermato il provvedimento di diniego all'accesso all'epoca adottato su una domanda di accesso identica a quella qui proposta. L'amministrazione invoca al riguardo le Linee guida dell'ANAC (deliberazione n. 1309 del 28 dicembre 2016) che al punto 2.3. precisano che "laddove l'amministrazione con riferimento agli stessi dati, documenti e informazioni, abbia negato il diritto di accesso ex l. 241/1990, motivando nel merito, cioè con la necessità di tutelare un interesse pubblico o privato prevalente, e quindi nonostante l'esistenza di una posizione soggettiva legittimante ai sensi della 241/1990, per ragioni di coerenza sistematica e a garanzia di posizioni individuali specificamente riconosciute dall'ordinamento, si deve ritenere che le stesse esigenze di tutela dell'interesse pubblico o privato

sussistano anche in presenza di una richiesta di accesso generalizzato, anche presentata da altri soggetti. Tali esigenze dovranno comunque essere motivate in termini di pregiudizio concreto all'interesse in gioco”.

Giova premettere che l'istanza di accesso sulla quale si è pronunciato il T.A.R. non è stata respinta dal Comune di Marigliano per l'esigenza di tutelare un (contrapposto) interesse privato bensì sulla scorta del fatto che erano scaduti per la ricorrente i termini per impugnare l'aggiudicazione della gara alla controinteressata (citando al riguardo l'art. 13 del d.lg. n. 163/2006).

Il Tribunale ha poi vagliato la domanda di accesso non solo alla luce della richiamata disciplina speciale ma anche di quella più generale posta dalla legge n. 241 del 1990 concludendo nel senso della insussistenza di una posizione legittimante all'accesso in capo alla ricorrente.

Non sembra inutile riportare alcuni passaggi della sentenza. *“Orbene, il provvedimento di diniego qui avverso non reca evidenza di atti espressamente definiti non ostensibili alla stregua della richiamata disciplina (art. 13 del d.lg. n. 163/2006). Ciò nondimeno, e pur alla stregua delle coordinate mutuabili dalla disciplina generale compendiata nella legge n. 241/1990, e tenuto conto dell'interesse dichiarato dalla ricorrente, ritiene il Collegio che non sussistano i presupposti per il positivo vaglio della domanda attorea.*

In subiecta materia autorevole giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11/06/2012, n. 3398) ha evidenziato che, con riferimento agli atti attinenti alla fase esecutiva del rapporto, manca in radice un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso in palese assenza di una prospettiva di risoluzione del rapporto e in assenza di un interesse al subentro, peraltro neppure rappresentabile in termini di certezza (trattandosi di facoltà discrezionale rimessa alla stazione appaltante stessa); ciò esclude la configurabilità di un interesse della seconda classificata a conoscere la correttezza o meno dell'esecuzione contrattuale da parte dell'aggiudicatario della gara, attesa la sua estraneità al rapporto contrattuale in essere e ai possibili esiti della sua esecuzione

(ex art. 1372 c.c.). Le eventuali irregolarità potranno, pertanto, essere soltanto più denunciate agli organi competenti (Procura delle Repubblica e della Corte dei Conti, ove se ne ravvisino gli estremi), ma non possono certo sorreggere una richiesta di accesso come quella in esame.

E ciò vieppiù in considerazione del fatto che il diritto all'accesso ai documenti amministrativi oppure alla documentazione privata di interesse amministrativo, soprattutto per questa ultima, deve sempre essere comparato con il diritto alla riservatezza rispetto al quale può ritenersi prevalente solo ove connesso al riconoscimento di una determinata situazione in sede giurisdizionale (cfr. articolo 24 comma 7 della legge n. 241/1990).

Ed il suddetto antagonistico interesse alla riservatezza assume nel caso di specie concreto rilievo, com'è fatto palese dalla circostanza che la stessa ricorrente assume nel proprio mezzo come non certamente agevole il reperimento sul mercato dei prodotti offerti dalla aggiudicataria, che ha, dunque, interesse a mantenere riservati i propri canali di approvvigionamento e le relative condizioni.

Non può che ribadirsi, dunque, l'insussistenza dei presupposti per dare ingresso alla pretesa conoscitiva qui in rilievo.

Vale ribadire che l'interesse azionato dalla Gemis s.r.l. è volto ad accertare se si sia verificato un inadempimento in fase di esecuzione dell'appalto che, laddove confermato, avrebbe dovuto condurre alla risoluzione del contratto, con ciò facendo nascere un'aspettativa della ricorrente al subentro ai sensi dell'art. 140 del d. lgs. 163/2006.

Ciò nondimeno, anche a voler seguire la prospettazione attorea, non possono ritenersi sussistenti i fattori di legittimazione previsti dalla disciplina di settore.

Ed, infatti, l'emersione della posizione giuridicamente rilevante e dell'interesse conoscitivo ad essa collegato, vieppiù se declinato nell'accezione di rigida strumentalità difensiva in cui lo confina la giurisprudenza formatasi in subiecta materia (onde renderlo prevalente rispetto alle antagoniste esigenze di riservatezza), risulta affidata ad evenienze del tutto ipotetiche che, ad oggi, non hanno alcun aggancio con le risultanze processuali e che si pongono in chiara distonia con i predicati indefettibili della concretezza ed attualità richiesti dalla disciplina di settore.

Ed, infatti, le emergenze documentali non consentono di accreditare come effettive, ovvero anche solo verosimili, le premesse fattuali e giuridiche su cui poggiano le rivendicazioni attoree ed i fattori di legittimazione che ad esse si correlano i cui snodi significativi implicherebbero, in sequenza, come indefettibili antecedenti causali, la difformità tra i materiali offerti e quelli concretamente posti in opera, la conseguente configurabilità di una forma di grave inadempimento, la determinazione della stazione appaltante nel senso della risoluzione del contratto, la determinazione ulteriore di avvalersi dell'interpello di cui all'articolo 140 del d. lgs. 163/2006, evenienze qui non riscontrate”.

Nella fattispecie, trattandosi di accesso civico generalizzato (a differenza del caso scrutinato dal T.A.R.) la ricorrente non aveva l'onere di dimostrare l'esistenza di una legittimazione ed un interesse differenziato all'accesso avendo, come detto, l'istituto la finalità di favorire un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione da parte della generalità dei cittadini.

5) Nella richiamata sentenza si farebbe riferimento alla prevalenza sul diritto di accesso dell'interesse della controinteressata a mantenere riservati i propri canali di approvvigionamento e le relative condizioni; sul punto la controinteressata invoca la lettera c) del comma 2 dell'art. 5 bis del d.lg. n. 33/2013 a mente del quale l'accesso civico è rifiutato “se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati...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”.

Come evidenziato dal T.A.R. Lazio (n. 3742/2017) l'accesso civico (generalizzato e non) e l'accesso ai sensi della legge n. 241 del 1990 operano sulla base di norme e presupposti diversi. Tenere distinte le due fattispecie è essenziale per calibrare i diversi interessi in gioco, allorché si renda necessario un bilanciamento caso per caso tra tali interessi. Tale bilanciamento è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso ex l. n. 241 del 1990 dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a

dati pertinenti e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) dei dati, documenti e informazioni.

Tornando al caso che occupa, la domanda di accesso della ricorrente è unicamente volta a sapere se siano stati posti in opera i tubi (le cui qualità sono state descritte nella gara e, dunque, note) promessi con l'offerta; in questo senso, l'amministrazione dovrà consentire l'accesso solo al documento nel quale è contenuta tale informazione (senza disvelare "i canali di approvvigionamento e le relative condizioni" che l'impresa aggiudicataria è riuscita a ottenere e ciò in assoluta coerenza con le statuizioni di questo Tribunale).

Si rammenta in proposito che l'accesso civico generalizzato (a differenza dell'accesso ordinario) ha ad oggetto non solo documenti ma anche meri "dati e informazioni". Entro questi limiti (e il Comune dovrà eventualmente oscurare gli atti dai quali possano evincersi le particolari modalità di approvvigionamento dei tubi e le condizioni economiche ottenute dalla controinteressata) non si ravvisa alcun confliggente interesse economico e commerciale che possa subire un pregiudizio dalla conoscenza dell'informazione in questione. E', infatti, come detto già noto il tipo di tubi (in PVC rigido denominati Alvehol prodotti dalla Sirci di diametro mm. 800 e mm. 1.200 con rigidità anulare SN 16) che l'impresa ha garantito in sede di gara di utilizzare, pertanto, non si comprende a quale segreto tecnico e know how riservato faccia riferimento la controinteressata essendo l'informazione richiesta unicamente tesa a verificare l'effettiva posa in opera degli stessi (in linea con la finalità dell'accesso civico generalizzato che consente un controllo diffuso sull'operato della p.a.).

In altri termini, non si ravvisa dalla divulgazione dell'informazione in questione un pregiudizio concreto agli interessi della Giemme.

Né può sostenersi, come detto, che la richiesta abbia una latitudine abnorme e idonea a paralizzare l'attività della pubblica amministrazione (cfr. memoria della controinteressata).

In ultimo, deve osservarsi che l'informazione richiesta non si può evincere con sicurezza dal certificato di collaudo delle opere depositato in atti.

In definitiva alla luce delle argomentazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dell'atto impugnato e ordine all'amministrazione di fornire copia della documentazione dalla quale possa evincersi l'informazione richiesta oscurando tutte le parti non pertinenti.

La novità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, dichiara l'obbligo dell'amministrazione di consentire alla parte ricorrente di prendere visione ed estrarre copia, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura, della documentazione richiesta con l'istanza di accesso di cui trattasi nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o, se a questa anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere

Paola Palmarini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paola Palmarini

IL PRESIDENTE
Paolo Passoni

IL SEGRETARIO