

Publicato il 01/04/2021

N. 02210/2021 REG.PROV.COLL.
N. 05264/2020 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 della Campania

(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5264 del 2020, proposto da
Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Benevento, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefania Pavone, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Nasce Un Sorriso Soc. Coop. Soc., La Coop Soc. Benessere A R.L, Coop. Soc. Onlus Bartololongo, Esculapio Cooperativa Sociale, Kalimera Cooperativa Sociale, Terzo Millennio Società Cooperativa Sociale, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Benevento – Settore Servizi al Cittadino – Servizi Sociali dell'1.12.2020 con cui è stato disposto il diniego dell'accesso agli atti formulato dalla ricorrente a mezzo della nota prot. n. 113958 del 18.11.2020;

nonché per l'accertamento

del diritto all'accesso della ricorrente ai documenti indicati nella istanza rigettata e per l'emanazione dell'ordine di esibizione e di rilascio dei documenti richiesti ai sensi dell'art. 116, co. 4, c.p.a..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2021 il dott. Rocco Vampa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La cooperativa ricorrente - nella *qualitas* di partecipante alla gara bandita dal Comune di Benevento finalizzata all'affidamento in concessione dell'asilo nido comunale "Mario Zerella", collocata al sesto posto della graduatoria di merito - in data 20.11.2020, *id est* in data successiva alla conclusione della procedura concorsuale con la aggiudicazione del servizio alla "Società nasce un sorriso" avvenuta con determina n. 105 dell'11.11.2020 - presentava istanza di accesso agli atti, finalizzata a prendere visione ed estrarre copia "di tutta la documentazione di cui alla gara in oggetto, con particolare riferimento al provvedimento di aggiudicazione, ai verbali di gara nonché alla documentazione amministrativa, l'offerta tecnica ed economica con relativi giustificativi dei partecipanti posizionati nella graduatoria prima della scrivente e tutta la ulteriore documentazione da questi prodotta ovvero eventualmente acquisita da Codesta Stazione Appaltante a comprova della sussistenza dei requisiti dichiarati in via sostitutiva".

1.1. La domanda di accesso era dalla ricorrente motivata con la esigenza di esercitare "concretamente gli strumenti di tutela, sia di natura giurisdizionale sia di natura amministrativa, che l'ordinamento riconosce alla scrivente".

1.2. Con provvedimento dell'1.12.2020, il Comune di Benevento, rigettava l'istanza della cooperativa ricorrente, reputandola generica ed esplorativa, tenuto altresì conto che essa ricorrente "risulta essersi posizionata sesta in graduatoria (ovvero penultima nella procedura)" e rilevato, altresì, che "alcune società controinteressate" si erano opposte alla pretesa ostensiva riguardante le proprie offerte, adducendo ragioni di segretezza e riservatezza.

1.3. Avverso tale diniego insorgeva la ricorrente avanti questo TAR, rimarcando il proprio interesse ad accedere alla documentazione richiesta, al fine di verificare l'operato della Amministrazione ed il corretto svolgimento della sequenza procedimentale cui aveva in ogni caso partecipato, onde eventualmente valutare la possibilità di esperire rimedi anche di matrice giurisdizionale.

1.4. Si costituiva l'intimata Amministrazione, rimarcando anzitutto che una parte della documentazione richiesta sarebbe già stata resa disponibile alla ricorrente -così come a tutti gli altri partecipanti alla procedura- mediante il caricamento

sulla piattaforma digitale utilizzata per l'espletamento della gara, concludendo per il resto in ogni caso per la inammissibilità e per la reiezione del gravame, in quanto infondato.

1.5. Illustrata la posizione della società ricorrente con un ulteriore scritto, la causa veniva al fine introitata per la decisione, all'esito della udienza camerale del 9 marzo 2021, tenutasi da remoto.

DIRITTO

2. Il ricorso è in parte inammissibile e in parte fondato.

2.1. E, invero, siccome allegato dalla civica Amministrazione e pacificamente riconosciuto dalla stessa società ricorrente nel corpo delle note di udienza depositate in vista della odierna udienza camerale, taluni documenti, pure oggetto della domanda ostensiva in esame, erano già stati posti nella disponibilità della ricorrente mercè il caricamento sulla piattaforma informatica per tramite della quale è stata condotta la procedura; ne consegue, *in parte qua –id est* per quanto attiene ai documenti partitamente enumerati dalla Amministrazione (verbali di gara, determine di nomina della commissione, di proposta di aggiudicazione e di aggiudicazione) – la loro conoscenza e/o conoscibilità in un momento antecedente la proposizione del ricorso che ne occupa.

2.1.2. Orbene, in relazione a tali atti, con il soddisfacimento della pretesa ostensiva, l'ontologico presupposto da cui muove la domanda della ricorrente –con la correlata legittimazione ed interesse ad agire- è venuto meno in un momento che precede la stessa notificazione del ricorso.

2.1.3. La carenza di interesse *ab origine* all'esperimento della domanda volta all'accertamento della esistenza del diritto di accesso depriva il ricorso, *in parte qua*, della condizione tratteggiata all'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a., votandolo alla declaratoria di inammissibilità.

2.2. Fondata, di contro, si appalesa per il resto la pretesa quivi azionata dalla ricorrente.

2.2.1. Valga, in via liminare, il rammentare che nel nostro ordinamento la regola generale è quella dell'accesso agli atti, “*principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*” (art. 22, comma 2, l.241/90; cfr., art. 5, comma 2, d.lgs. 33/13), afferente a livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali “*di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*” (art. 29, comma 2-bis, l. 241/90).

2.2.2. E, tuttavia, tale regola generale non trova applicazione in alcune ipotesi espressamente contemplate dalla legge: “*Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6*” (art. 22, comma 3, l. 241/90).

2.2.3. L'art. 24 l. 241/90, rubricato “*esclusione dal diritto d'accesso*” espressamente individua talune ipotesi *eccettive* alla applicazione della generale disciplina in tema di accesso (es.: segreto di Stato ovvero altre ipotesi di segreto previste *ex lege*, documenti prodromici ad atti normativi, di pianificazione o di regolazione, o afferenti a procedimenti tributari) ovvero demanda alla normazione secondaria la individuazione di categorie di documenti in cui l'interesse alla conoscenza viene sacrificato sull'altare di interessi reputati di rango superiore ovvero di carattere preminente (difesa nazionale, politica monetaria, sovranità nazionale, prevenzione repressione della criminalità, riservatezza).

2.2.4. Nondimeno, anche le ipotesi in cui viene generalmente escluso il diritto di accesso soffrono, a loro volta, di un caso *eccettivo* avente natura per così dire residuale: il *diritto di difesa*.

2.3. L'art. 24, comma 7, l. 241/90 prescrive infatti 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*”.

Le prerogative difensive, garantite in sede giurisdizionale o procedimentale dai principi costituzionali (artt. 24, 97, 111 e 113 Cost.) nonché dalle disposizioni della CEDU (art. 6) e dalla Carta di Nizza (artt. 41 e 47), devono indefettibilmente essere garantite.

2.4. Orbene, anche in materia di procedure di appalto - ferma la peculiare disciplina di trasparenza nella modalità proattiva foggata all'art. 29 d.lgs. 50/2016 - l'art. 53 del d.lgs. 50/2016:

- in generale, rinvia alla disciplina generale della legge 241/90;
- in particolare, tratteggia specifiche ipotesi di esclusione o limitazione del diritto di accesso (art. 53, comma 5);
- contempla, infine ed in conformità dell'art. 24, comma 7, l. 241/90, una ipotesi eccezionale al divieto di divulgazione, disponendo che *“in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”*; la regola generale della esclusione dall'accesso dei *“segreti tecnici e commerciali”*, indi, recede incondizionatamente in presenza giustappunto della ipotesi, tipicamente contemplata, della impugnazione in sede giurisdizionale degli atti di gara.

Le prerogative difensive, indefettibilmente garantite in sede giurisdizionale o procedimentale dai principi costituzionali nonché dalle disposizioni della CEDU e da quelle contenute nella Carta di Nizza, devono essere garantite al partecipante alla procedura concorsuale, senza che l'altro concorrente possa utilmente opporre la esistenza del segreto.

2.5. Ciò posto, può procedersi ad una disamina piana della questione che quivi viene sottoposta.

2.5.1. Orbene, nel caso in esame non è dubitabile la esistenza in capo alla società ricorrente -partecipante alla procedura concorsuale, ancorché di poi collocatasi in graduatoria in posizione deteriore - di un *“interesse diretto, concreto e attuale”* ex art. 22, comma 1, lett. b), l. 241/90 alla conoscenza degli atti oggetto della domanda di accesso, pel tramite dei quali la Amministrazione ha portato a compimento essa procedura, ivi comprese le domande di partecipazione degli altri operatori controinteressati.

2.5.2. Trattasi, invero, di atti che hanno direttamente connotato la procedura di gara cui la impresa ricorrente ha ritualmente partecipato e, dunque, senza dubbio *incidenti e/o afferenti* alla sua sfera giuridica, ancorchè poi non *“ampliata”* per effetto del mancato conseguimento dell'agognato bene della vita.

2.5.3. Né può rilevare la posizione in graduatoria della ricorrente e le sue più o meno cospicue chance di vittoriosamente esperire rimedi giurisdizionali.

2.5.4. E, invero, ad onta di quanto pure adombrato dalla Amministrazione nel gravato diniego, la conoscenza degli atti di una procedura di gara cui si è partecipato *prescinde* dalla esistenza in concreto di una controversia giurisdizionale, ovvero dalla giuridica possibilità di iniziarne una.

2.5.5. E' ben vera la natura strumentale del “*diritto di accesso*” *ex lege* 241/90 (CdS, a.p., n. 6/06), in quanto situazione giuridica che:

- *ex se* non garantisce la acquisizione o la conservazione di beni della vita e, dunque, non assicura al suo titolare il conseguimento di utilità finali;
- è strumentale, piuttosto, al soddisfacimento (o al miglior soddisfacimento) di altri interessi giuridicamente rilevanti (diritti o interessi), rispetto ai quali si pone in posizione ancillare (TAR Lombardia, I, 27 agosto 2018, n. 2023);
- deve essere correlata - in modo diretto, concreto e attuale - ad altra “*situazione giuridicamente tutelata*” (art. 22, comma, 1, l. 241/90 e la definizione di “*interessati*” ivi contenuta): non si tratta, dunque, di una posizione sostanziale autonoma, ma di un potere di natura procedimentale, funzionale alla tutela di situazioni *stricto sensu* sostanziali, abbiano esse consistenza di diritto soggettivo o interesse legittimo.

2.5.6. E, tuttavia, una tale natura strumentale non mai può essere intesa nel senso di limitare l'accesso ai casi in cui vi sia un giudizio in corso, ovvero sia ancora *giuridicamente possibile* avviare una azione giudiziaria:

E ciò anche a voler obnubilare l'ovvio rilievo per cui:

- una tale valutazione –in punto di proponibilità, ricevibilità e/o ammissibilità della domanda giudiziale- pertiene alla *competente Autorità giurisdizionale*, e non certo alla Amministrazione in sede di delibazione di una domanda di accesso agli atti;

- l'interesse suscettibile di essere tutelato ed azionato in sede giurisdizionale può anche essere di matrice meramente strumentale –ciò che vale a “stemperare” il rilievo del Comune circa la sesta posizione in graduatoria occupata dalla ricorrente- volto, cioè, al raggiungimento del bene della vita in via mediata, per tramite della riedizione della gara e della nuova *chance* di potersela aggiudicare che ne discenderebbe.

2.5.7. Di talché, la posizione “conoscitiva” azionata dalla ricorrente è chiaramente funzionale alla tutela di altra, diversa, situazione giuridica, afferente al diritto di impresa (art. 41 Cost.) *lato sensu* inteso, oltre che alla legittima aspirazione di verificare –come del resto, *expressis verbis* rappresentato nella istanza di accesso- la correttezza dell'*agere* dei pubblici poteri (artt. 3, 24 e 97 Cost.) in una procedura in cui comunque la società ha ricorrente ha preso parte, dispiegando la propria capacità di agire nell'ordinamento (art. 2 Cost.).

2.5.8. E tanto basta a disvelare la esistenza di un interesse personale, attuale e concreto, collegato agli atti, e indi costitutivo di una *posizione legittimante*.

2.6. Non conducenti, invero, si appalesano i rilievi, pure mossi a sostegno del diniego *de quo* e ripresi in sede giudiziale, circa la inammissibilità e, in ogni caso, la infondatezza della domanda di accesso, in quanto avente carattere sostanzialmente esplorativo, siccome preordinata ad un controllo generalizzato dell'azione amministrativa.

2.6.1. E' ben vero, in linea di principio, che la istanza di accesso non può essere generica, eccessivamente estesa o riferita ad atti non specificamente individuati, ovvero formulata in guisa tale da costringere l'Amministrazione ad attività di ricerca ed elaborazione dati (TAR Campania, VI, 16 novembre 2020, n. 5267); di qui la improponibilità di una istanza di accesso “al buio”, al fine dichiarato di *eventualmente* reperire ed individuare nei documenti richiesti, elementi *potenzialmente* idonei al soddisfacimento dei fini “investigativi” (e perciò *esplorativi*) perseguiti dall'istante (sulla inammissibilità di una siffatta domanda, TAR Lombardia, Milano, sez. I, 14 novembre 2019, n. 2403; Id., id., 27 agosto 2018, nn. 2023 e 2024).

2.6.2. E tuttavia, nel caso che ne occupa, la domanda di accesso avanzata dalla ricorrente è stata puntualmente formulata, con riferimento:

- alla tipologia dei documenti;
- alla loro partita e specifica individuazione (offerte dei controinteressati, giustificazioni eventualmente fornite ovvero ulteriore documentazione da questi prodotta o eventualmente acquisita dalla stazione appaltante al fine di verificare la sussistenza dei requisiti dichiarati);
- alla loro concreta riferibilità alla procedura concorsuale che ne occupa.

2.6.3. Nessun dubbio, indi, può residuare sulla concreta latitudine della odierna istanza ad *exhibendum*; e ciò, beninteso, avendo riguardo alla di per sé ovvia considerazione per cui –nella parte in cui la istanza assume gioco forza connotazioni dubitative (in relazione ad atti e documenti attestanti eventi di cui si ignora la effettiva verifica)- il Comune ben potrà limitarsi ad attestare la inesistenza di essi atti e documenti.

2.7. Nè, in funzione limitativa di tale diritto, l'Amministrazione non ha opposto *veruna specifica e puntuale esigenza*, ancorché parziale ovvero limitata a taluni documenti o parti di documenti, di *segretezza e/o riservatezza*, limitandosi a *genericamente* riportare di non meglio precisate opposizioni manifestate dalle ricorrenti che avrebbero addotto “*la segretezza delle informazioni e dei documenti presenti nella procedura*”; analoghe, generiche e non circostanziate esigenze di riservatezza si evincono dalla documentazione quivi prodotta dalla Amministrazione, e afferente alle “opposizioni” manifestate dagli operatori controinteressati.

2.7.1. Di contro non è dato rinvenire, né da parte della Amministrazione né, tampoco, da parte degli operatori controinteressati, la puntuale e motivata evidenziazione delle ragioni di riservatezza e/o segretezza legittimanti la esclusione e/o limitazione del diritto di accesso con la correlata, circostanziata, individuazione –in ossequio al principio di proporzionalità e di minimizzazione- dei documenti o delle parti di documenti da sottrarre all'accesso.

Non può non assumere significanza, ai fini che ne occupano, il mancato esercizio del potere –*id est* la mancata, puntuale, evidenziazione da parte della Amministrazione della ragioni di riservatezza e/o segretezza legittimanti la esclusione e/o limitazione del diritto di accesso.

2.7.2. Ciò che vale a definitivamente persuadere della piena operatività della pretesa ostensiva *de qua agitur*, in assenza di qualsivoglia contraria esigenza, non mai adeguatamente e puntualmente circostanziata da essa Amministrazione, né dai controinteressati, che non hanno per vero provveduto a specificarne adeguatamente la effettiva natura e latitudine, indicando ad esempio le specifiche parti dei documenti da eventualmente “stralciare” o “oscurare”.

2.7.3. Trattasi, peraltro, di un principio correttamente richiamato dalla stessa difesa del Comune, che puntualmente ricorda come sussista “*un preciso onere in capo all’interessato di dimostrare l’effettiva sussistenza di un segreto industriale e commerciale da salvaguardare, che si affianca all’onere della stazione appaltante di valutare in modo motivato le argomentazioni presentate, al fine di verificare l’effettiva operatività del regime di segretezza*” (pag. 15, memoria Comune).

2.7.4. Di qui la inidoneità delle osservazioni contenute nel gravato diniego a scalfire - ovvero a far recedere - l’interesse conoscitivo quivi legittimamente azionato da parte ricorrente.

2.7.5. D’altra parte, anche nella ottica delle controinteressate, la partecipazione alle gare di appalto implica la tacita accettazione delle regole di trasparenza, imparzialità e *par condicio* che *naturaliter* valgono a conformarne l’*iter*; la decisione di partecipare, indi, implica *in nuce* e *ab initio* la volontà di consentire il pieno disvelamento della domanda di partecipazione, delle caratteristiche della offerta formulata e financo di quelli che, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, costituiscono segreti tecnici o commerciali (in quest’ultimo caso, beninteso, allorquando ciò si renda necessario per l’esperimento di un’azione giurisdizionale avverso gli atti della procedura, a mente del citato art. 53, comma 5, lett. a), e comma 6).

2.8. Nella fattispecie per cui è causa, indi, *nulla quaestio* sulla sussistenza dell'interesse della ricorrente a conoscere gli atti *de quibus*, la illegittimità del diniego della Amministrazione e, dunque, l'accoglimento del ricorso, con il conseguente obbligo di esibire la documentazione richiesta.

3. Infine, tenuto conto della natura della pronunzia, le spese di lite vanno poste a carico del Comune di Benevento nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo accoglie, nei sensi di cui in parte motiva, e per l'effetto ordina alla resistente Amministrazione di esibire la restante parte –non precedentemente resa disponibile- della documentazione richiesta, consentendo altresì la estrazione di copia, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, della presente sentenza.

Condanna il Comune di Benevento al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, che si liquidano complessivamente in € 2.000,00, oltre accessori come per legge e al rimborso del contributo unificato nella misura effettivamente versata da essa ricorrente, con attribuzione in favore dell'avv. Luca Tozzi, siccome dichiaratosi anticipatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2021 - svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall'art. 1, co. 17, del D.L. n. 183/2020, e al D.P.C.S. del 28.12.2020 - con l'intervento dei signori magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere

Rocco Vampa, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rocco Vampa

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO