

Pubblicato il 15/07/2021

N. 02325/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00017/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 17 del 2021, proposto dalla Commerciale Sicula S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Vinciprova, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Itala, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti

della Milae Servizi di La Rosa Ferdinando Aurelio & C. S.N.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

del silenzio - rigetto formatosi sull'istanza di accesso agli atti, presentata dalla società ricorrente al Comune di Itala in data 31.10.2020;

nonché PER L'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO DI ACCESSO DOCUMENTALE

in favore dell'odierna ricorrente;

E PER LA CONSEGUENTE CONDANNA

dell'amministrazione resistente al rilascio della documentazione richiesta e non ancora rilasciata;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, celebrata da remoto, in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, convertito in L. n. 176/2020, il dott. Francesco Bruno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 31.10.2020, la Commerciale Sicula srl ha inoltrato al Comune di Italia un'istanza di accesso agli atti - presentata ai sensi degli artt. 22 ss. L. 241/1990, dell'art. 3 D. Lgs. 195/2005, e quale istanza di accesso civico ai sensi dell'art. 5 D. Lgs. 33/2013 - con cui ha chiesto il rilascio di copia dei documenti afferenti l'affidamento e l'esecuzione del servizio di locazione e pulizia-spurgo di *“un bagno chimico per il Cantiere regionale del lavoro per la riqualificazione di un'area comunale distinta in catasto al foglio di mappa n. 13, particella 575 e realizzazione di uno spazio di arredo urbano, Cantiere di lavoro n. 164/ME, CUP n. C13 J18002120002, CIP n. PAC_POC 1420/8/8_9/CLC/164/ME”*, affidato alla ditta Milae Servizi di La Rosa Ferdinando Aurelio & C. s.n.c.

Più precisamente, la società ha richiesto copia dei seguenti atti:

- 1) le lettere d'invito inoltrate agli operatori economici;
- 2) il preventivo/offerta presentato/a dalla società MILAE SERVIZI per l'affidamento di cui in oggetto, insieme all'intera documentazione prodotta

dall'impresa a corredo degli stessi e la eventuale corrispondenza successiva intercorsa tra la stessa impresa e la stazione appaltante;

3) la certificazione e la documentazione acquisite dalla stazione appaltante, onde verificare la sussistenza di tutti i requisiti di legge in capo alla ditta affidataria;

4) il contratto eventualmente stipulato (anche nella forma della corrispondenza commerciale);

5) i documenti comprovanti la consegna e l'inizio del servizio;

6) i formulari di identificazione dei rifiuti (la prima e la quarta copia) che, a norma dell'art. 193 D. Lgs. 152/2006 e del D.M. Ambiente 145/1998, sono stati emessi, dalla società MILAE SERVIZI ad ogni intervento di pulizia-spurgo effettuato per la raccolta dei rifiuti prodotti dall'uso dei bagni mobili;

7) la fattura presentata dalla ditta affidataria per il servizio (con eventuale oscuramento dei dati riservati non ostensibili);

8) la determina di liquidazione;

9) il mandato di pagamento (con eventuale oscuramento dei dati riservati non ostensibili).

Premettendo di operare nel settore della locazione, pulizia e spurgo di bagni mobili ecologici, nella propria istanza la società ha evidenziato il proprio interesse diretto, concreto, ed attuale, all'accesso, precisando di aver subito in precedenza la concorrenza sleale di altri competitors, che talvolta sono riusciti a praticare prezzi più bassi nelle procedure di gara, effettuando poi delle indebite economie nella fase esecutiva degli appalti tramite la difettosa esecuzione delle prestazioni e/o l'omessa o non corretta gestione e tracciatura dei rifiuti, ed altre volte hanno violato le norme in materia di partecipazione alle procedure selettive attraverso omissioni o false dichiarazioni.

Nel silenzio dell'amministrazione seguito alla citata istanza, la Commerciale Sicula srl ha inviato due atti di sollecito indirizzati, rispettivamente, all'Ufficio Relazioni

con il Pubblico ed al Segretario Generale del Comune. Poi, essendosi formato il silenzio/rigetto di cui all'art. 25, co. 4, L. 241/90, ha proposto ai sensi dell'art. 116 c.p.a. il ricorso in epigrafe, notificato il 30 dicembre 2020 e depositato il 5 gennaio 2021.

Col gravame viene ribadita la posizione della società, che sarebbe legittimata ad azionare la domanda di accesso essendo operatore dello specifico mercato, e pertanto interessata a conoscere gli atti richiesti, anche al fine di supportare possibili azioni giudiziarie in campo civile (per concorrenza sleale), penale (per reprimere il trattamento e lo smaltimento irregolare dei rifiuti), o in procedimenti amministrativi innanzi alle competenti autorità (per far emergere l'inesatta esecuzione degli appalti), nonché ancora per far constatare alla stazione appaltante le possibili ragioni che potrebbero incrinare il rapporto fiduciario in atto intrattenuto con la controinteressata Milae Servizi di La Rosa Ferdinando Aurelio & C. s.n.c.

Richiamando anche la giurisprudenza espressa da questo Tar su altre vicende che hanno interessato la stessa società, è stato chiesto quale esito dell'accoglimento del ricorso: l'annullamento del silenzio-rigetto formatosi sull'istanza di accesso; l'accertamento del diritto della società all'ostensione degli atti richiesti; la condanna del Comune intimato a consentire l'accesso.

Non si sono costituiti in giudizio, sebbene ritualmente evocati, il Comune di Itala e l'impresa controinteressata.

All'udienza camerale del 10 giugno 2021 la causa è passata in decisione.

Va premesso che le istanze di accesso procedimentale (ex L. 241/90) e civico (ex D. Lgs. 33/2013) possono per pacifica giurisprudenza essere cumulate, o formulate *uno actu* (come avviene nel caso di specie).

Il Collegio ritiene invece di dover distinguere le diverse categorie di atti contemplate nella domanda, dal momento che l'accesso a ciascuno di essi soggiace a regole diverse.

1.- Per quanto attiene, in primo luogo, all'accesso alla cd. "informazione ambientale" – ossia, ai formulari di identificazione dei rifiuti che sono stati emessi durante lo svolgimento degli affidamenti in rilievo – deve riconoscersi la fondatezza della domanda di parte ricorrente: invero, l'art. 3 del D. Lgs. 195/2005 garantisce l'accesso all'informazione ambientale a chiunque ne faccia richiesta, facendo rientrare nella nozione anche *"fattori quali (...) le emissioni, gli scarichi ed altri rilasci nell'ambiente"* (v. art. 1). In applicazione di tale normativa, la giurisprudenza (C.G.A.R.S., sentenza n. 15/2018) ha accolto analoga domanda presentata dalla stessa odierna ricorrente, osservando che *"La richiesta ostensiva riguarda, sotto questo aspetto, l'osservanza della normativa di base del settore speciale di comune appartenenza degli operatori in conflitto, il cui rispetto chiama in causa non solo la lealtà del confronto concorrenziale tra le imprese di settore ma anche, e soprattutto, la rilevanza collettiva della tutela ambientale.... che deriva dalle norme sull'accesso in materia ambientale di cui al d.lgs. n. 195/2005"*, e ciò *"indipendentemente dalla dimostrazione dell'esistenza di un interesse qualificato, in ragione della certificata prevalenza normativa (a livello costituzionale e comunitario) dell'interesse alla tutela ambientale su eventuali interessi antagonisti."* (Tar Palermo 1947/2017).

Pertanto, deve essere accolta la domanda della ricorrente, nella parte in cui ha chiesto l'acquisizione di copia dei formulari di identificazione dei rifiuti emessi dalla società Milae Servizi s.n.c. ad ogni intervento di pulizia-spurgo effettuato per l'uso del bagno chimico.

La richiesta di accesso, in particolare, trova titolo nell'art. 3 del D. Lgs. 195/2005.

2.- Con riferimento alla ostensione delle "lettere d'invito inoltrate agli operatori economici" si impone – anche qui – una risposta positiva all'istanza della ricorrente. Trattandosi di atti soggetti a pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29 del D. Lgs. 50/2016, i citati documenti sono suscettibili di accesso civico ex art. 5, co. 1, e 23 del D. Lgs. 33/2013.

Analoga soluzione vale per il contratto stipulato con l'aggiudicatario, dato che l'art. 29 cit. indica tra gli atti da pubblicare anche i “*Resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione*”, e dato che l'art. 1, co. 32, della L. 190/2012 obbliga la stazione appaltante a pubblicare sul sito istituzionale “*l'importo dell'aggiudicazione*”: ne consegue, secondo il Collegio, che almeno la parte del contratto in cui viene indicato il prezzo di aggiudicazione debba essere conoscibile dalla ricorrente.

Analoga conclusione vale anche per il “provvedimento di liquidazione” adottato dall'Ente pubblico a favore dell'affidatario, e per il mandato di pagamento; in tal casi, però, l'amministrazione dovrà avere cura di mascherare opportunamente le parti dei documenti che esorbitano dalla esigenza conoscitiva garantita dalla legge alla ricorrente (come, ad esempio, le coordinate bancarie del beneficiario), per rispetto della privacy della controinteressata.

La richiesta di accesso esaminata in questo paragrafo 2 trova titolo nell'art. 5 del D. Lgs. 33/2013.

3.- La richiesta di ostensione dei “documenti comprovanti la consegna e l'inizio del servizio” deve trovare, anch'essa, positiva risposta, posto che tali documenti possono risultare funzionali alla valutazione dei “*tempi di completamento dell'opera, del servizio o della fornitura*”; ossia, di quei dati di carattere temporale che devono essere necessariamente pubblicati dalla stazione appaltante sul proprio sito, ai sensi del citato art. 1, co. 32, della L. 190/2012.

Per tutte le tipologie di atti fin qui esaminate non occorre la prova di alcun interesse specifico che debba appuntarsi in capo all'impresa ricorrente, poiché si tratta di atti soggetti a pubblicazione, per i quali la valutazione circa l'ostensibilità è stata fatta a monte dal legislatore, allorquando ha codificato l'accesso civico di cui all'art. 5, co. 1, del D. Lgs. 33/2013, in base al quale “*L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle*

pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”.

In definitiva, anche la richiesta di accesso esaminata in questo paragrafo 3 trova titolo nell’art. 5 del D. Lgs. 33/2013.

4.- Va adesso valutata la fondatezza della richiesta indirizzata ad acquisire copia delle: *“certificazioni e documentazioni acquisite dalla stazione appaltante onde verificare la sussistenza di tutti i requisiti di legge in capo alla ditta affidataria”* ed *“il preventivo/offerta presentato dalla società Milae Servizi s.n.c. per l’affidamento di cui in oggetto, insieme all’intera documentazione prodotta dall’impresa a corredo dello stesso, e la eventuale corrispondenza successiva intercorsa tra la stessa impresa e la stazione appaltante”.*

In relazione al primo gruppo di documenti, nonché a *“l’eventuale corrispondenza intercorsa tra la stessa impresa e la stazione appaltante”*, va evidenziato il carattere generico ed indeterminato della domanda, non avendo la ricorrente specificato a quali verifiche si riferisca, non avendo certezza dello scambio di corrispondenza fra stazione appaltante ed aggiudicataria, e non avendo nemmeno rappresentato l’utilità e lo scopo della acquisizione di tale ipotetica corrispondenza. Formulata in tal maniera, l’istanza assume un inammissibile carattere esplorativo, ed è destinata ad essere respinta in adesione al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale *“L’accesso agli atti amministrativi deve avere ad oggetto documentazione specifica in possesso dell’amministrazione pubblica non potendo lo stesso riguardare dati ed informazioni che per essere forniti richiedono un’attività di indagine e di elaborazione da parte della stessa, con la conseguenza che l’oggetto dell’accesso va circoscritto mediante la puntuale indicazione di atti determinati non potendo la relativa istanza avere un contenuto esplorativo, diretta cioè a conoscere qualsiasi provvedimento formato o detenuto dall’amministrazione, ove eventualmente esistente, e riferito ad un determinato procedimento.”* (Cons. Stato, VI, 3981/2020).

Per di più, va sottolineato come la richiesta di accesso alle operazioni di verifica poste in essere dalla stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti da parte

dell'aggiudicataria integri gli estremi del controllo sull'attività dell'ente pubblico, e contrasti quindi con la disposizione di cui all'art. 24, co. 3, della L. 241/90, laddove stabilisce che *“Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni”*.

5.- Con riferimento al secondo gruppo di documenti, indicati nell'istanza come *“preventivo/ offerta presentato dalla società Milae Servizi s.n.c. per l'affidamento di cui in oggetto”*, il Collegio ritiene che si tratti di atti non ostensibili, sia tenuto conto della *“estraneità”* di tali documenti rispetto alla posizione della società istante (che non ha partecipato ad alcuna procedura selettiva per l'affidamento del servizio), sia in ragione della mancata esplicitazione di un interesse specifico all'accesso. Sul punto, è sufficiente richiamare ancora il recente pronunciamento del C.G.A. (sentenza n. 15/2018) che – confermando *in parte qua* una sentenza di questo Tar riguardante la stessa odierna ricorrente – ha affermato quanto segue: *“Quelli richiesti dalla società sono documenti strettamente attinenti al sinallagma contrattuale che correva tra le parti (per la ricorrente, res inter alios acta), o agli obblighi fiscali gravanti sulla controinteressata. E rispetto a tale materiale il Collegio deve segnatamente osservare che la ricorrente non ha fornito elementi giustificativi del proprio interesse, debitamente specifico, all'accesso, dandone contezza rispetto al valore strumentale solo asseritamente rivestito dai singoli elementi documentali in concreto richiesti, dovendosi invero escludere che l'impresa operante in un dato settore possa sol per questo pretendere di ottenere copia di tutti gli atti inerenti all'attuazione di qualsivoglia appalto che un ente pubblico abbia conferito alla concorrenza. (...). L'affermazione di parte, tanto ampia da presentarsi indeterminata, che “i documenti richiesti permetterebbero all'odierna appellante di scoprire ... possibili condotte illecite od irregolari poste in essere dall'impresa concorrente nell'esecuzione di alcuni appalti pubblici ai quali anch'essa avrebbe voluto ambire”, non solo conferma il deficit di consistenza e specificità dell'interesse a base della richiesta ostensiva, soprattutto se si tiene conto dell'assenza di alcuna connessione particolare tra la sfera giuridica della ricorrente e gli appalti stessi, ma finisce anche per dar corpo all'osservazione del T.A.R. che le istanze di accesso in esame si rivelano volte a operare*

un controllo sull'operato del Comune, così incorrendo nel divieto espresso dall'art. 24, comma 3, della legge n. 241/1990".

In definitiva, la richiesta di accesso esaminata nei paragrafi 4 e 5 non trova titolo nella L. 241/90. Non sfugge, tuttavia, al Collegio che la domanda è stata presentata dalla società ricorrente anche ai sensi dell'art. 5 del D. Lgs. 33/2013 (disciplinante i cc.dd. *accesso civico*, ed *accesso civico generalizzato*); pertanto, occorre verificare se quest'ultima normativa possa eventualmente supportare l'istanza e determinarne l'accoglimento.

In primo luogo, applicando il parametro dell'"*accesso civico*" (art. 5, co. 1) va data risposta negativa al quesito, poiché gli atti in esame non sono soggetti a pubblicazione, e di conseguenza non vi è alcun obbligo di ostensione.

Va verificato adesso se l'accesso possa essere richiesto ai sensi dell'art. 5, co. 2, in base al quale "*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.*".

L'art. 5 bis della legge citata introduce delle eccezioni al principio generale posto nel precedente articolo 5, secondo il quale è consentito l'accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, diversi da quelli oggetto di pubblicazione, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sull'attività amministrativa, ai fini del rispetto dei fini istituzionali degli enti e della corretta gestione delle risorse pubbliche. Le eccezioni all'accesso possono essere motivate dalla necessità di rispettare interessi pubblici (sicurezza, ordine pubblico, difesa, relazioni internazionali, etc.), ovvero interessi privati (dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, interessi

economici e commerciali, proprietà intellettuale, diritti d'autore, segreti commerciali).

Nel caso in esame, dato che la domanda di accesso riguarda il preventivo/offerta presentato da una impresa privata parte di un rapporto contrattuale con la PA, si ritiene che possa venire in rilievo l'eccezione al diritto di accesso codificata dall'art. 5 bis con esplicito riferimento agli interessi economici e commerciali, e soprattutto al segreto commerciale, atteso che l'offerta presentata dalla controinteressata potrebbe contenere soluzioni tecnologiche, o elementi di *know how*, che l'impresa ha interesse a mantenere riservate.

Dunque, la parte di domanda di accesso qui analizzata non trova fondamento nemmeno nell'art. 5 del D. Lgs. 33/2013.

Per quanto esposto, il ricorso può essere accolto solo in parte, nei limiti di quanto precisato ai punti 1, 2 e 3. Conseguentemente, il Comune intimato dovrà consentire alla ricorrente di accedere, ed eventualmente estrarre copia, dei documenti indicati, nel termine indicato in dispositivo.

Le spese processuali possono essere dichiarate irripetibili sia per la parziale soccombenza, sia anche a causa della ingiustificata lunghezza del ricorso, che va rapportata alla tipologia di giudizio avviato (accesso agli atti amministrativi).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, limitatamente a quanto stabilito ai punti 1, 2 e 3 della motivazione, e per l'effetto ordina all'amministrazione intimata di consentire l'accesso ai documenti ivi indicati, entro il termine di giorni sessanta dalla comunicazione o notifica della presente sentenza.

Spese irripetibili.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, celebrata da remoto, in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, convertito in L. n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Bruno

IL PRESIDENTE
Federica Cabrini

IL SEGRETARIO