

N.

09567/2022REG.PR
OV.COLL. N.
01484/2022
REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1484 del 2022, proposto dal signor XXX, quale titolare della ditta individuale XXX Distribuzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro De Matteis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la s.p.a. XXX, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Guido Rodio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

relativamente
concernente
la

della s.p.a. XXX Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

La presente sentenza è stata depositata in Tribunale amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, il giorno 20/02/2023, nella sala di pubblica lettura e in dotazione e la declaratoria

del Consiglio di Stato, prot. n. 1484 del 2022, è stata pubblicata sul sito del Consiglio di Stato il 20/02/2023, inviata con

PEC del 20/02/2023, e pubblicata sul sito del Consiglio di Stato il 20/02/2023, n. 33/2013, e

il numero, la tipologia e la targa degli automezzi di proprietà di quest'ultima ditta, nonché prodotto i relativi documenti richiesti dal disciplinare di gara messi a disposizione dal ricorrente).

- i documenti dell'offerta tecnica erano necessari per la tutela giudiziale dei diritti di XXX distribuzione nei confronti della controinteressata.

3. - Con nota datata 19 febbraio 2021 - non impugnata – la s.p.a. XXX ha denegato l'accesso documentale sul rilievo del difetto di legittimazione dell'appellante all'accesso ai sensi dell'art. 53 D.Lgs. n. 50/2016.

4 - Con successiva nota inviata a mezzo p.e.c. in data 8 marzo 2021, l'appellante ha integrato l'originaria istanza di accesso, sostanzialmente contestando le motivazioni poste a sostegno del diniego opposto da XXX e precisando, altresì, che la domanda di accesso doveva intendersi formulata anche come accesso civico generalizzato ai sensi degli articoli 5 e 5 bis del D.Lgs. n. 33/2013, per la dichiarata “finalità di conoscere con quali mezzi e con quali soluzioni logistiche la XXX Italia S.p.A. intende assicurare la capillarità del servizio di distribuzione dei presidi di ossigenoterapia”.

5.- Avverso il silenzio dell'Amministrazione, l'interessato proponeva ricorso al TAR per la Puglia, Sede di Bari, notificato e depositato in data 2 luglio 2021, per chiedere ex art. 117 del cod. proc. amm. l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dalla s.p.a. XXX in relazione all'istanza inviata il giorno 8 marzo 2021, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli articoli 5 e 5 bis del d.lgs. n. 33/2013, degli articoli 2 e 22 e ss. della legge n. 241/1990 e dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dei principi generali in materia di accesso e di obbligo di conclusione del procedimento.

6.- Il TAR per la Puglia, con la sentenza n. 36/2022, ha dichiarato il ricorso inammissibile, rilevando che la mancata impugnazione del diniego a suo tempo emanato nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la

conseguente impugnazione del successivo diniego, laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo (non impugnato).

7.- Avverso tale sentenza la ditta interessata propone appello, deducendo:

I. violazione e falsa applicazione degli articoli 5 e 5 bis del d.lgs. n. 33/2013 e dell'art. 2 della legge n. 241/1990; violazione dei principi generali in materia di accesso civico generalizzato e di obbligo di conclusione del procedimento; eccesso di potere per irragionevolezza ed errore sui presupposti, travisamento dei contenuti dell'istanza.

L'appellante nega, preliminarmente, che nella l'istanza di accesso civico potesse avere avuto un intento elusivo, perché alla data della sua presentazione rimanevano ancora 13 giorni utili per l'eventuale impugnazione dell'atto denegante la prima richiesta di accesso difensivo.

Inoltre, l'interessato puntualizza che l'istanza di accesso civico generalizzato non si può considerare analoga a quella formulata in data 8 febbraio 2021 ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, essendone diversi i presupposti soggettivi ed oggettivi, con la conseguenza che un eventuale nuovo diniego opposto dall'appellata non potrebbe ritenersi meramente confermativo del diniego di ostensione documentale di data 19 febbraio 2021.

Al riguardo, l'appellante richiama gli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi nella materia *de qua*.

Alla data del 6 ottobre 2022 la causa è stata tratta in decisione.

DIRITTO

1.-L'oggetto dell'odierno giudizio riguarda il silenzio serbato su una istanza di accesso agli atti, formulata dalla appellante nei confronti della s.p.a. XXX.

2.-L'appellante ha formulato una prima istanza di accesso in data 8 febbraio 2021, avente ad oggetto "gara telematica a procedura aperta per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare a lungo termine per i fabbisogni delle aziende sanitarie della Regione Puglia (nr. gara

7097772). Lotti n.1 ASL XXX e n.3 ASL XXX aggiudicati alla XXX Italia S.p.A. con determinazioni n.72 del 24.6.2020 e n.SAR/ 122 del 8.10.2020. Istanza di accesso agli atti ex artt. 22 e ss. L. n.241/1990.”

3.- L'istanza, volta ad ottenere il rilascio di copia integrale dei documenti contenuti nella busta della "Offerta Tecnica" presentata dalla XXX Italia S.p.A. per ciascuno dei lotti n.1 e n.3 aggiudicati, è stata riscontrata dalla società appellata con la comunicazione del 19 febbraio 2021, dal seguente contenuto:

“Si riscontra la vs. istanza in merito all'oggetto pervenuta a mezzo PEC del 08/02/2021, assunta in pari data sub. prot. inpu/AOO_1/PROT/08/02/2021/0001092, per rappresentarVi che, non rientrando la XXX Distribuzioni del sig. XXX tra i soggetti legittimati ad avere accesso all'offerta tecnica, ai sensi e per effetto dell'art. 53 d.Lgs. 50/2016, non è possibile l'ostensione delle offerte tecniche e quindi accogliere la Vs. richiesta.”

Tale diniego di accesso non è stato impugnato dall'odierno appellante.

3.- La seconda missiva in data 25 febbraio 2021 - inviata alla s.p.a. XXX a mezzo p.e.c. ed avente ad oggetto “Istanza di accesso agli atti ex artt. 22 e ss. L. n.241/1990 ed ex artt.5 e 5 bis d.Lgs. n.33/2013. Rif. Vs. del 19.2.2021 prot. n.inpu/AOO 1/PROT/19/02/2021/0001521. Integrazione e reiterazione istanza di accesso” – ha reiterato la prima istanza, contestandone il rigetto e, al contempo, ha fatto *“presente che la presente istanza di accesso è da intendersi formulata anche come "accesso civico generalizzato", e quindi ai sensi degli artt.5 e 5 bis del D.Lgs.n.33/ 2013 (applicabile anche ai contratti pubblici, v. Cons. Ad. Plen. 2.4.2020 n.10), onde conoscere con quali mezzi e con quali soluzioni logistiche la XXX Italia s.p.a. intende assicurare la capillarità del servizio di distribuzione dei presidi di ossigenoterapia.”*

4.- Il Collegio osserva che la seconda istanza, oltre a reiterare la prima richiesta di accesso difensivo, contiene nella seconda parte una specifica diversa richiesta, che viene formulata per la prima volta, e, precisamente,

di un accesso civico generalizzato.

5.- Come ha rilevato la giurisprudenza di questo Consiglio, sussiste una differenza tra l'accesso ordinario e quello civico, ove si consideri che l'art. 22 della legge n. 241 del 1990 consente l'accesso ai documenti a chiunque vi abbia un interesse finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti (Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2020, n. 3176), mentre l'accesso civico generalizzato è riconosciuto e tutelato al fine 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 può essere esercitato da chiunque (quanto alla legittimazione soggettiva) e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10).

L'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013 ha, dunque, inteso superare il limite del divieto del controllo generalizzato sull'attività delle pubbliche amministrazioni (e dei soggetti ad essa equiparati) previsto dallo strumento dell'accesso documentale come disciplinato dalla legge n. 241 del 1990. Nell'accesso civico generalizzato, nel quale la trasparenza si declina come "accessibilità totale", si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa (Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5861).

Tale ontologica differenza impone di ritenere che le due istanze di accesso contenute nella richiesta notificata l'8 marzo 2021, per quanto contenutisticamente analoghe, non siano sovrapponibili sotto il profilo soggettivo (della legittimazione) e dei presupposti, dovendosi riconoscere una oggettiva modifica della fonte della domanda ostensiva e delle ragioni poste a suo fondamento.

6.- Per la consolidata giurisprudenza, pur se la mancata impugnazione del diniego nel termine di decadenza non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego o nel caso in cui a questo debba riconoscersi carattere meramente confermativo del primo

(Cons. Stato, Ad. plen., 20 aprile 2006, n. 7), il diniego non ha natura meramente

confermativa allorché la successiva istanza di accesso sia basata su fatti nuovi e su di una diversa prospettazione della legittimazione all'accesso (Cons. Stato, Sez. V, 6 novemXXXe 2017, n. 5996).

A maggior ragione, tale principio rileva quando una ulteriore istanza d'accesso è basata su un quadro normativo diverso da quello posto a base della precedente istanza, sicché sussiste l'obbligo di esaminarla (Cons. Stato, Sez V, n. 3162/2021).

7.- La disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara, ed in particolare all'esecuzione dei contratti pubblici (nel cui contesto si colloca la fase del collaudo, alla quale pertiene la documentazione di cui l'appellante ha chiesto l'ostensione), ma deve essere verificata la compatibilità di tale forma di accesso con le eccezioni enucleate dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, dello stesso d.lgs. n. 33 del 2013, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10).

8.-Nel caso di specie l'interessato ha motivato la richiesta di accesso civico generalizzato, dichiarando di voler conoscere, per verificare le modalità di utilizzo delle risorse pubbliche, “con quali mezzi e con quali soluzioni logistiche la XXX Italia S.p.A. intende assicurare la capillarità del servizio di distribuzione dei presidi di ossigenoterapia”.

9.- Per quanto precede, l'appello è fondato e va accolto, sicché – in riforma della sentenza impugnata e tenuto conto che per ragioni processuali la questione esaminata dalla Sezione ha riguardata la sussistenza o meno dell'obbligo di provvedere - il ricorso di primo grado va accolto, con la declaratoria dell'obbligo della società appellata di esaminare l'istanza di accesso civico, dovendo essa verificare la sussistenza in concreto dei presupposti per il suo accoglimento .

10. Sussistono i presupposti per la compensazione delle spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello

n. 1484 del 2022 e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso di primo grado e previa riforma della sentenza appellata, dichiara l'obbligo della società appellata di esaminare l'istanza di accesso civico.

Spese compensate dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonella De Miro

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO