

Publicato il 27/07/2023

N. 01136/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00443/2023 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 il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 443 del 2023, proposto da Leukos Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda ULSS n. 8 “Berica”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

CMB Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Biagini, Andrea Giuman, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento, silentermente formatosi, sull'istanza formulata dalla ricorrente all'Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 5 “Ovest Vicentino” in

data 06.02.2023, ai sensi degli artt. 22 e ss. legge 241/1990 e d.lgs. 33/2013, avente ad oggetto *“tutti i contratti di subappalto avente le medesime lavorazioni affidate allo scrivente consorzio sottoscritti ed autorizzati in data precedente e successiva al 16.05.2020; tutta la contabilità dei lavori afferente al periodo intercorrente dal 16.05.2020 al 27.10.2022; tutti i pagamenti effettuati in favore della CMB s.c. nel periodo intercorrente dal 16.05.2020 al 27.10.2022; le quietanze di pagamento dei subappaltatori nel periodo intercorrente dal 16.05.2020 al 27.10.2022”* relativi al contratto di appalto stipulato dall'Ente con la CMB s.c per l'esecuzione dei *“lavori di 1A Fase Funzionale per la realizzazione della Nuova Struttura Ospedaliera di Arzignano - Montecchio Maggiore”*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di CMB Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi e di Azienda ULSS n. 8 “Berica”;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 il dott. Andrea Rizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 7 aprile 2023 e depositato in data 19 aprile 2023, il consorzio ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento formatosi a seguito del silenzio serbato dall'Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 8 “Berica” (già Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 5 “Ovest Vicentino”) a fronte dell'istanza formulata ai sensi degli artt. 22 e ss. legge 241/1990 e dell'art. 5 d.lgs. 33/2013, chiedendone l'annullamento. Lo stesso ricorrente chiede altresì che venga dichiarato il suo diritto ad accedere a detti documenti e che l'amministrazione venga condannata ad esibire la documentazione richiesta.

1.1. In particolare, il consorzio riferisce di avere stipulato, in data 16 maggio 2020, un contratto di subappalto con la CMB s.c., aggiudicataria della

procedura indetta dall'Azienda Unità Locale Socio-Sanitaria n. 5 "Ovest Vicentino" (ora Azienda ULSS n. 8), per l'affidamento dei "lavori di 1A Fase Funzionale per la realizzazione della Nuova Struttura Ospedaliera di Arzignano - Montebchio Maggiore".

Nelle more dell'esecuzione, sarebbero emerse alcune criticità che non avrebbero consentito al ricorrente il regolare andamento dei lavori. La committente controinteressata, inoltre, non avrebbe proceduto al pagamento delle prestazioni effettuate dal consorzio per il periodo da luglio 2022 ad ottobre 2022 e, in data 27 ottobre 2022, nonostante le problematiche esecutive più volte rappresentate dal consorzio, avrebbe risolto il contratto di subappalto.

1.2. Successivamente, il consorzio, con istanza del 6 febbraio 2023, rappresentando l'intervenuta risoluzione del contratto e l'omesso pagamento, da parte della CBM s.c., degli importi dovuti, ha richiesto, ai sensi degli artt. 22 e ss. legge 241/1990 ed art. 5 d.lgs. 33/2013, all'Azienda ULSS, senza ottenere alcuna risposta, l'ostensione dei seguenti atti: *"tutti i contratti di subappalto aventi le medesime lavorazioni affidate al Consorzio, sottoscritti ed autorizzati in data precedente e successiva al 16.05.2020; tutta la contabilità dei lavori afferente al periodo intercorrente dal 16.05.2020 al 27.10.2022; tutti i pagamenti effettuati dall'Ente in favore della CMB s.c. nel periodo intercorrente dal 16.05.2020 al 27.10.2022; le quietanze di pagamento dei subappaltatori nel periodo intercorrente dal 16.05.2020 al 27.10.2022"*.

2. Si sono costituite l'amministrazione resistente e la società controinteressata, rispettivamente, in data 2 maggio 2023 e 21 aprile 2023, eccependo l'improponibilità, l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso e chiedendo conseguentemente il suo rigetto.

L'amministrazione resistente e la società controinteressata hanno quindi depositato, rispettivamente, in data 1° luglio 2023 e 27 giugno 2023, due memorie ove hanno controdedotto rispetto al gravame.

La parte ricorrente, con memoria di replica del 30 giugno 2023, ha insistito con le sue censure argomentando in merito alla sussistenza dell'interesse all'ostensione documentale e al carattere circostanziato della richiesta originaria di accesso.

3. Con il primo motivo di ricorso Leukos Consorzio Stabile asserisce esservi stata una violazione degli artt. 22 e ss. legge 241/1990, essendogli stato negato l'accesso a documenti ritenuti indispensabili per promuovere un'azione giudiziaria in altra sede nei riguardi della CMB s.c.

Il consorzio – in quanto titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale e di una situazione giuridicamente tutelata – ritiene di non essere stato garantito nell'esercizio del suo diritto all'accesso per ottenere l'ostensione della documentazione necessaria per difendere i propri interessi giuridici e, in particolare, per la difesa in giudizio.

3.1. Sul punto, l'Azienda ULSS afferma di non aver accolto positivamente l'istanza avanzata ritenendo non sussistenti i presupposti di legge per procedere in tal senso. Secondo l'amministrazione resistente, sia nell'istanza di accesso sia nel ricorso promosso avanti a questo Tribunale, il ricorrente non ha offerto alcuna argomentazione idonea a superare l'invalicabile limite posto a tutela dei differenti e contrapposti interessi della controinteressata che sono stati valutati meritevoli di salvaguardia. L'istanza non consente di comprendere quale interesse possa avere il subappaltatore nel richiedere, relativamente ad un appalto di quasi 20 milioni di euro, tutti i contratti e i relativi documenti per dirimere una questione contrattuale strettamente legata ad interessi dei due operatori economici privati coinvolti.

L'interesse del consorzio non può essere suffragato dalla previsione del disciplinare di gara (in tema di subappalto) di cui all'art. 10.3 (discendente dall'art. 118 d.lgs 163/2006) in forza della quale, a fronte dell'inadempimento del pagamento da parte dell'appaltatore nei confronti del subappaltatore, l'amministrazione committente è chiamata ad intervenire in sostituzione nei confronti di quest'ultimo. La società cooperativa appaltatrice, infatti, ha

comunicato all'amministrazione la sospensione dei pagamenti in favore del subappaltatore a causa delle diverse inadempienze contestate poi sfociate nella risoluzione del contratto di subappalto.

3.2. Sempre sullo stesso punto, la società controinteressata sostiene che la richiesta del ricorrente di accedere a tutta la documentazione dell'appalto sia sproporzionata rispetto alle esigenze difensive dichiarate, mettendo inoltre in evidenza il carattere massivo dell'istanza medesima destinata ad incidere negativamente sull'attività dell'amministrazione procedente.

Infine, l'ostensione dell'intera contabilità dell'appalto, investendo anche i rapporti intercorrenti fra l'appaltatore e gli altri subappaltatori, renderebbe pubblici i dati di questi ultimi senza consentire loro di far valere le rispettive esigenze di riservatezza.

3.3. Ritiene il Collegio che il motivo del ricorso sia infondato.

Infatti, secondo i principi statuiti dall'Adunanza plenaria (A.P. 25 settembre 2020, n. 19), la disciplina dell'accesso difensivo (i) esige *“la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici”*; (ii) ricomprende, *“tra i destinatari, tutti i soggetti privati, ivi compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, senza alcuna ulteriore esclusione”*; (iii) circoscrive *“le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che – sole – garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone”*.

In particolare, sempre secondo l'Adunanza plenaria, *“la legge ha proceduto a selezionare, tra i canoni ermeneutici in astratto possibili, quelli della immediatezza, della concretezza e dell'attualità (art. 22, comma 1, lettera d), legge n. 241 cit.), in modo tale da ancorare il giudizio sull'interesse legittimante a due parametri fissi, rigidi e predeterminati quanto al loro contenuto obiettivo”*: la *“corrispondenza”* e il *“collegamento”*.

Il primo *“circoscrive esattamente l'interesse all'accesso agli atti in senso ‘corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata’*, il secondo richiede che la situazione legittimante, *“[...] sia anche ‘collegata al documento al quale è chiesto l'accesso’, in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la*

situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite. Questa esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dal successivo art. 25, comma 2, l. n. 241/1990, ai sensi del quale '[l]a richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata'. La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), onde permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione 'finale' controversa. In questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando".

Nel caso di specie, l'istanza di accesso prodotta dal ricorrente non consente di individuare quel nesso di strumentalità imprescindibile ai fini del suo accoglimento. In altri termini, l'istanza non è sufficientemente circostanziata in quanto mira ad acquisire l'intera documentazione contabile riferita a un appalto di € 19.251.889,45 nel cui ambito, al consorzio, è stato affidato un subappalto, originariamente pattuito dall'art. 5 di detto contratto in € 754.065,00, e successivamente rideterminato in € 642.809,71. In quest'ultimo rapporto contrattuale, l'unica fattura il cui pagamento è stato sospeso a seguito della risoluzione contrattuale tra appaltatore e subappaltatore è stata la n. 225 del 31 agosto 2022 per l'importo di € 18.322,66 di cui al SAL n. 17.

Ne consegue che la richiesta documentale, così come prospettata, risulta sproporzionata rispetto alle finalità perseguite che non sono dedotte e rappresentate in modo puntuale e specifico.

4. Con il secondo motivo di ricorso il consorzio ricorrente lamenta la violazione degli artt. 2 e 5 d.lgs. 33/2013 conseguente alla mancata ostensione della documentazione in ossequio all'esercizio del diritto all'accesso civico.

In particolare, il ricorrente, dopo aver perimetrato l'ambito di tale forma di accesso, da intendersi quale strumento concesso dall'ordinamento a chiunque voglia ottenere l'ostensione della documentazione detenuta dalla P.A. al fine procedere ad un controllo dell'attività amministrativa, sottolinea come lo stesso sia applicabile anche alla fase esecutiva di un contratto e non richieda né onere di motivazione né la sussistenza di un interesse qualificato in capo al soggetto istante.

4.1. Sul punto, l'amministrazione resistente sostiene che tale tipologia di accesso, proprio in quanto connaturata dall'assenza di necessaria motivazione, individua *ex lege* il necessario bilanciamento degli interessi contrapposti.

Quest'ultimo bilanciamento degli interessi ha portato a valutare l'interesse dell'istanza di accesso civico, avanzata da parte ricorrente, esorbitante rispetto all'interesse alla riservatezza di tutti gli operatori coinvolti nell'istanza e del tutto estranei alla controversia insorta tra appaltatore e subappaltatore.

4.2. Su questo secondo punto, al pari di quanto evidenziato per il primo, la controinteressata sostiene il carattere sproporzionato della richiesta e richiama, in modo pertinente, la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria in materia di accesso civico alla documentazione afferente alla fase esecutiva di un appalto: *“Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche (v., sul punto, Circolare FOIA n. 2/2017, par. 7, lett. d; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702), contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi?”* (A.P. 2 aprile 2020, n. 10).

4.3. Sulla base di quest'ultimo orientamento pretorio, ritiene il Collegio che anche il secondo motivo di ricorso sia infondato.

La richiesta del consorzio ricorrente è, infatti, manifestamente onerosa e solo dichiaratamente indirizzata a realizzare un controllo sull'attività amministrativa, essendo palesi, in quanto esplicitate seppure in modo generico e non preciso, le finalità difensive sottese all'esercizio di entrambe le forme di accesso, sia quello civico che quello documentale.

5. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va rigettato.

6. In ragione della complessità della questione, sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Grazia Flaim, Presidente

Marco Rinaldi, Consigliere

Andrea Rizzo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Andrea Rizzo

IL PRESIDENTE

Grazia Flaim

IL SEGRETARIO