

Pubblicato il 08/08/2023

N. 04775/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01197/2023 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1197 del 2023, proposto da
Alfredo Maria Serra, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Liotti, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Afragola, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Iroso, Francesco Affinito,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

dell'illegittimità del silenzio inadempimento serbato dal Comune di Afragola
rispetto all'istanza di accesso civico generalizzato ex articolo 5 del d. lgs.
33/2013 presentata dal ricorrente, a mezzo PEC, il 12 gennaio 2023, per
ottenere copia di tutti gli atti e documenti, nessuno escluso, relativi:

a) procedura indetta dal Comune di Afragola con gara telematica CIG
8527850C6F – CUP B44E200012100033, giusta Determinazione a contrarre
n. 2035 del 24 novembre 2020;

b) esecuzione dei lavori, con particolare ma non esclusivo riguardo agli stati di avanzamento e ad eventuali varianti richieste e/o concesse.

Nonché: per l'accertamento del diritto del ricorrente all'accesso civico richiesto e la conseguente condanna del Comune di Afragola a consentirne l'esercizio, rendendo disponibili tutti gli atti e documenti indicati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2023 il dott. Gianmario Palliggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Espone il ricorrente che:

1) con determinazione dirigenziale n. 1087 del 9 luglio 2020, il Comune di Afragola aveva approvato il progetto esecutivo dei lavori di “rifacimento del tratto fognario e riqualificazione del tratto stradale di via Roma - Rifacimento degli allacci e riqualificazione del tratto stradale di via Cesare Battisti nel comune di Afragola (NA)”;

2) con successiva determinazione a contrarre n. 2035 del 24 novembre 2020, l'amministrazione comunale aveva avviato una gara telematica, identificata con CIG: 8527850C6F - CUP:

B44E200012100033, per l'affidamento di tali lavori, mediante procedura aperta con criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

3) in data 30 novembre 2020 la gara è stata pubblicata sul portale “Appalti ed Affidamenti”;

4) con determinazione n. 4 del 5 gennaio 2021 è stata nominata la Commissione di Gara;

5) con pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale 5° Serie Speciale-Contratti Pubblici n. 85 del 26 luglio 2021, è stata resa nota l'aggiudicazione dei lavori alla ditta EDIL FERGI srl, con sede in Giugliano in Campania, Traversa San Luca n. 26, C.F. 05189200636;

6) in data 12 gennaio 2023 il ricorrente ha depositato a mezzo pec una richiesta di accesso civico generalizzato, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 5 del d.lgs. 33/2013, al fine di ottenere copia di tutti gli atti e documenti, nessuno escluso, relativi:

a) alla procedura indetta dal Comune di Afragola con Gara telematica di cui sopra, giusta determinazione a contrarre n. 2035 del 24 novembre 2020;

b) all'esecuzione dei lavori, con particolare ma non esclusivo riguardo agli stati di avanzamento e ad eventuali varianti richieste e/o concesse;

2.- L'odierno ricorrente, ad oggi, denuncia di non avere ricevuto alcun riscontro, pertanto la richiesta è rimasta immotivatamente inevasa.

Di qui l'odierno ricorso, ritualmente notificato e depositato, col quale ha formulato le seguenti censure: Violazione dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. 33/2013, come modificato dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. 97/2016. Violazione del principio di trasparenza.

3.- Il comune di Afragola si è costituito in giudizio con memoria depositata il 2 maggio 2023. In via preliminare ha eccepito l'irritualità della domanda posto che il ricorrente avrebbe proposto ricorso ai sensi dell'art. 116 c.p.a., ammissibile solo laddove fosse stata effettivamente emessa una decisione negativa espressa o, in caso di riesame, laddove si intenda impugnare la decisione del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Nel caso di specie, in assenza di una pronuncia espressa, la denunciata inerzia dell'amministrazione non potrebbe essere qualificata come silenzio significativo, con contenuto di diniego, ma piuttosto come silenzio inadempimento, a fronte del quale la domanda avrebbe dovuto essere ritualmente proposta ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a..

Nel merito, ha rilevato l'infondatezza della pretesa. Ha infatti precisato che, riguardo alla richiesta del ricorrente, il competente settore dell'amministrazione comunale gli aveva comunicato – con nota prot. n. 0015357 del 28 marzo 2023 - le modalità ed i termini per prendere visione della documentazione richiesta. Pertanto, non sarebbe veritiero quanto affermato dal ricorrente circa l'inadempimento alla richiesta da parte dell'amministrazione, avendo la stessa adempiuto all'obbligo di fornire riscontro, come indicato dall'art. 2 L. n. 241/1990.

4.- Il ricorrente, in data 6 maggio 2023, ha depositato memoria con la quale ha replicato in rito e nel merito alle eccezioni dell'amministrazione comunale, ribadendo la richiesta di accoglimento delle proprie richieste.

La causa, fissata al ruolo della camera di consiglio del 10 maggio 2023, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

5.- In via preliminare vanno esaminate le eccezioni in rito formulate dall'amministrazione comunale la quale rimprovera alla parte ricorrente di avere adito irritualmente questo TAR con l'azione avverso il diniego di accesso, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., laddove, in assenza di riscontro espresso alla sua richiesta, avrebbe più correttamente dovuto avanzare azione avverso il silenzio inadempimento ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a..

In via subordinata fa presente, comunque, di avere fornito riscontro con la nota prot. n. 15357 del 28 marzo 2023, con conseguente infondatezza del ricorso.

5.1.- Le eccezioni sono superabili e quindi infondate.

In primo luogo, la nota dell'amministrazione comunale del 28 marzo 2023 è privo di contenuto provvedimentale. La stessa costituisce, comunque, una risposta all'istanza di accesso della parte ricorrente, posto che l'amministrazione, nel rendersi disponibile, ha fornito alla parte richiedente le informazioni utili circa i tempi e le modalità per prendere visione della documentazione richiesta.

A questa nota il ricorrente ha, tuttavia, risposto con lettera del 31 marzo 2023, nella quale ha fatto presente l'impedimento a recarsi nella sede comunale nella data del 28 marzo 2023 ed all'ora convenute, rilevando che la nota comunale era stata spedita nella tarda mattinata del giorno stesso della sua convocazione. Pertanto, anche in considerazione della natura telematica della gara in parola, ha evidenziato che tutta la documentazione richiesta avrebbe potuto essere più agevolmente trasmessa anche a mezzo di posta elettronica certificata, fermo l'eventuale pagamento dei diritti dovuti.

Il Collegio osserva che l'amministrazione resistente non ha fornito alcun riscontro alla lettera del ricorrente del 31 marzo 2023. Pertanto, la richiesta è rimasta in una condizione di stallo senza che – circostanza che non può essere affatto trascurata nella valutazione complessiva della vicenda - l'accesso nei fatti non si è mai compiuto.

5.2.- Vi è a questo punto da esaminare l'eccezione di irritualità dell'odierno ricorso che, secondo l'amministrazione comunale, in assenza di diniego espresso, avrebbe dovuto essere formulata ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. e non dell'art. 116 c.p.a., trattandosi di inerzia non significativa e non di rigetto all'accesso.

Al riguardo, è utile richiamare il precedente del Consiglio di Stato (Sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2737), secondo cui: “È applicabile all'accesso civico generalizzato la consolidata interpretazione della disciplina sull'accesso documentale, in base alla quale la tutela del richiedente nei confronti del silenzio rifiuto, del provvedimento espresso di diniego (totale o parziale) e del provvedimento con cui si dispone il differimento, deve essere esercitata entro e non oltre il termine decadenziale di trenta giorni (art. 116, comma 1, c.p.a.), decorrente dall'adozione dell'atto o dallo spirare del termine per provvedere (previsto dall'art. 25, quarto comma, l. n. 241/1990 per l'accesso documentale e dall'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 33/2013 per l'accesso civico)”.

Negli stessi termini si è espressa anche costante e condivisibile giurisprudenza dei TAR (cfr., ex multis: T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 10 marzo 2020, n.

645; TAR Sardegna, sez. II, 16 aprile 2015, n. 708; TAR Puglia, Bari, sez. I, 18 ottobre 2018, n. 1344; TAR Lazio, sez. II ter, 18 dicembre 2018, n. 12333).

Del resto, al di là della qualificazione giuridica dell'inerzia comportamentale assunta dall'amministrazione, la proponibilità del ricorso secondo il modulo di cui all'art. 116 c.p.a. trova fondamento anche nella circostanza che quest'ultimo, essendo deputato a dirimere proprio le controversie in materia di accesso, ha carattere speciale rispetto all'azione declinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a.

Il presente procedimento è stato dunque introdotto correttamente.

5.3.- In ogni caso, si rammenta che il giudice adito ha il potere di riqualificare e convertire l'azione, secondo le prescrizioni di cui all'art. 32 comma 2, c.p.a. Sicché, per siffatta ipotesi, il Collegio può riqualificare l'azione, anche sul presupposto che i giudizi di cui, rispettivamente, agli artt. 31/117 e 116 c.p.a., seguono entrambi il rito camerale e sono dunque parimenti soggetti alle disposizioni dell'art. 87 del c.p.a..

In altro giudizio, questo TAR, a fronte di una situazione simile, nel ricondursi al principio di economia dei mezzi processuali, ha ritenuto ridondante la conversione e, pertanto, ha definito il giudizio nel senso di: "accertare direttamente il diritto all'ostensione dei documenti richiesti in applicazione dell'art. 116 c.p.a" (TAR Campania, Napoli, sez. VI, 27 agosto 2019, n. 4418).

6.- Ciò premesso nel merito, il ricorso merita accoglimento.

6.1.- Nel ricostruire la vicenda controversa, sulla base dell'esposizione dei fatti condotta dalla parte ricorrente e confermata dall'amministrazione, non vi è stato accesso effettivo ai documenti richiesti. Sicché vi è un sostanziale inadempimento del comune resistente.

Con la lettera del 31 marzo 2023, in risposta alla nota comunale del precedente 28, il ricorrente, nel rappresentare le difficoltà oggettive a recarsi presso gli uffici comunali alla data convenuta, aveva invitato l'amministrazione ad inviare la documentazione in formato digitale tramite PEC.

Questa lettera non ha ricevuto alcun riscontro, elemento che appare determinante per considerare la materiale inerzia comportamentale assunta in definitiva dall'amministrazione a fronte della richiesta di accesso agli atti del ricorrente, a tacere ogni considerazione in merito al rispetto dei principi di leale collaborazione e di buona fede soggettiva, nel senso di correttezza dei comportamenti.

6.2.- Orbene, l'accesso civico generalizzato è stato introdotto nel corpus normativo del d. lgs. n. 33 del 2013 dal d. lgs. n. 97 del 2016, in attuazione della delega contenuta nell'art. 7 della l. n. 124 del 2015, come diritto di "chiunque", non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – con la sentenza 2 aprile 2020, n. 10 – ha ricordato che l'accesso civico generalizzato viene riconosciuto e tutelato "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" (art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013). Mentre l'accesso documentale ordinario, "classico", è strumentale alla protezione di un interesse individuale, nel quale quello pubblico alla trasparenza è "occasionalmente protetto" - come taluno ha osservato – a fronte della necessità di conoscere strumentale alla difesa di una pregressa situazione giuridica ed eventualmente processuale, l'accesso civico generalizzato è invece dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé per trascendere verso una dimensione collettiva legata all'interesse dell'intera comunità di appartenenza ad avere cognizione delle attività e dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni, in attuazione dei principi di trasparenza e di buon andamento, sempreché non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, declinate tra le eccezioni di cui all'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013. La regola della generale

accessibilità è, dunque, temperata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni.

Nella disciplina delle c.d. eccezioni relative e assolute l'ordinamento interno ha seguito una soluzione simile a quella adottata nel mondo anglosassone, che distingue tra eccezioni assolute e eccezioni qualificate.

6.3.- Sul punto, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la menzionata sentenza n. 10/2020, ha chiarito che il d. lgs. 33/2013, al comma 3 dell'art. 5-bis, enuclea tre ipotesi di eccezioni assolute:

- i documenti coperti da segreto di Stato;
- gli altri casi di divieti previsti dalla legge, compresi quelli in cui l'accesso è subordinato al rispetto di specifiche condizioni, modalità e limiti;
- le ipotesi contemplate dall'art. 24, comma 1, della l. n. 241 del 1990.

Le eccezioni assolute sono funzionali a garantire un livello di protezione massima a determinati interessi, ritenuti di particolare rilevanza per l'ordinamento, come accade in modo paradigmatico per il segreto di Stato, sicché il legislatore ha operato già a monte una valutazione di impossibilità della divulgazione di atti e documenti che possano compromettere la tutela di tali interessi, considerati, per ragionevole valutazione dell'ordinamento legislativo, superiori rispetto all'interesse alla conoscibilità diffusa di dati e documenti amministrativi. In questo caso la pubblica amministrazione esercita un potere vincolato, che deve essere necessariamente preceduto da un'attenta e motivata valutazione in ordine alla ricorrenza, rispetto alla singola istanza, di una eccezione assoluta e alla sussunzione della fattispecie nel novero dell'eccezione assoluta, la quale, in quanto eccezione, è di stretta interpretazione.

6.4.- Al di fuori dei casi descritti possono ricorrere, invece, eccezioni relative o qualificate, poste a tutela di interessi pubblici e privati di particolare rilievo giuridico, elencati ai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis.

Quelli pubblici sono: la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento e il regolare svolgimento di attività ispettive.

Quelli privati, invece, sono: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

6.5.- Condotte queste premesse, ricostruttive dell'impianto legislativo in materia, nel caso specifico, l'amministrazione comunale intimata, in definitiva, non ha materialmente consentito l'accesso agli atti ed ai documenti richiesti, pur essendosi formalmente resa disponibile con la nota del 28 marzo 2023. Tuttavia a questa nota non vi è stato alcun seguito, una volta che il ricorrente, con la lettera del 31 marzo 2023, aveva manifestato le difficoltà oggettive a recarsi presso gli uffici comunali alla data e all'ora convenute, proponendo anche una modalità alternativa e più agevole per ricevere i documenti richiesti. Sicché, in definitiva, l'amministrazione comunale versa in una condizione d'inadempimento alla richiesta di accesso.

6.6.- E' importante osservare che gli atti rispetto ai quali non è stato fornito riscontro non intercettano alcuna delle eccezioni, assolute o relative, previste dal legislatore.

Al riguardo, l'Adunanza plenaria, con la richiamata sentenza n. 10/2020, ha precisato che le esigenze di accesso civico generalizzato assumono una più pregnante connotazione perché costituiscono la "fisiologica conseguenza dell'evidenza pubblica, in quanto che ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile".

La trasparenza, in questo senso, risponde all'esigenza ed all'attuazione di "un controllo diffuso" della collettività sull'azione amministrativa, aspetto particolarmente avvertito nella materia dei contratti pubblici e delle

concessioni ed, a maggior ragione, nell'esecuzione del conseguente rapporto prestazionale, dove non sono rari fenomeni patologici di malgoverno e di inefficienza con gravi conseguenze sul buon andamento dell'amministrazione e sulla sana e corretta spendita delle finanze pubbliche.

7.- In conclusione, il ricorso va accolto, con conseguente obbligo dell'amministrazione comunale di Afragola di consentire l'accesso, rendendo ostensibili e mettendo a disposizione del ricorrente, tramite consegna in copia, previo pagamento di eventuali diritti, gli atti relativi alla gara telematica CIG 8527850C6F – CUP B44E200012100033, giusta determinazione a contrarre n. 2035 del 24 novembre 2020.

Al riguardo, l'amministrazione comunale dovrà adempiere nel termine di quindici giorni dalla comunicazione o, se precedente, dalla notifica della presente sentenza.

La consegna dei documenti, ove richiesto dal ricorrente potrà anche avvenire tramite invio sull'indirizzo PEC indicato dal ricorrente medesimo.

8.- Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo-

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Condanna il comune di Afragola al pagamento, in favore del ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF, Estensore

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL SEGRETARIO