

Il diritto di accesso agli atti delle procedure di gara: obbligo della p.a. di accogliere l'istanza ove ciò sia essenziale alla proposizione di una domanda giudiziale

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 14-11-2017

*È illegittimo il diniego opposto dalla Prefettura sull'istanza di accesso agli atti della procedura di affidamento del **servizio di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale**, avanzata dal Condominio nel quale insistevano otto unità immobiliari poste a disposizione di una Associazione culturale ai fini della partecipazione alla procedura stessa, considerato che il collegamento dell'interesse differenziato dell'istante condominio con i documenti di cui chiede l'accesso appare palese, essendo ente gestore dello stabile dove si trovano gli immobili adibiti ad abitazione e accoglienza.*

*Sicché è del tutto naturale che, a meglio tutelare il proprio definito interesse, stimasse funzionale **l'acquisizione della conoscenza degli atti in questione**, tra cui ad esempio le certificazioni urbanistiche e sanitarie, sulla cui base l'Associazione culturale ha partecipato alla procedura e la Prefettura ne ha disposto l'affidamento, così destinando gli appartamenti condominiali a fini che l'interessata assume diversi da quelli consentiti dal regolamento condominiale.*

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato prende posizione, in materia di diritto di accesso agli atti delle procedure di appalto, su due importanti temi:

- quello dell'individuazione della norma da applicare nel caso in cui l'istanza di accesso sia proposta da terzi estranei alla procedura di gara, anziché dai partecipanti alla stessa;
- quello della legittimazione o meno, in capo alla P.A. che detiene il documento oggetto dell'istanza di accesso, a negare l'accesso sulla base del fatto che l'istante può comunque vedere soddisfatta il proprio interesse – al soddisfacimento del quale l'istanza stessa è appunto diretta – direttamente in sede giudiziale.

In merito al primo aspetto, il Consiglio di Stato afferma che, mentre l'istanza di accesso

presentata dai partecipanti alla procedura di gara è disciplinata dall'art. 53 del D.lgs. 50/2016, l'istanza di accesso proposta da terzi estranei alla procedura è disciplinata dall'art. 22 e ss. della Legge 241/90.

L'art. 22 comma 2 della Legge 241/90, a norma del quale *“L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza”*.

L'art. 29 comma 2 bis della Legge 241/90, a norma del quale *“Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa ...”*.

Già dalla formulazione dell'art. 29 comma 2 bis risulta come le disposizioni normative in materia di accesso non siano finalizzate, semplicisticamente, a garantire al cittadino la possibilità di instaurare, con l'Amministrazione che detiene il documento, un contraddittorio all'esito del quale poi la risposta potrebbe essere anche di diniego, ma come le medesime siano state concepite per “assicurare l'accesso”: l'istituto dell'accesso è stato introdotto non per farne oggetto di un subprocedimento dall'esito incerto, ma per essere, appunto, “assicurato”.

È chiaro che, in tale ambito, gioca un ruolo preponderante la prima parte della norma: se l'accesso ai documenti amministrativi attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, e quindi riceve una protezione costituzionale, a quel punto l'accoglimento dell'istanza di accesso (naturalmente ove ne ricorrano i presupposti) dovrebbe essere praticamente automatico (“assicurare l'accesso”).

In aggiunta a ciò, l'art. 22 comma 2, nel momento stesso in cui qualifica l'accesso come *“principio generale dell'attività amministrativa”*, parrebbe voler attribuire all'accoglimento dell'istanza di accesso (sempre ove ne ricorrano i presupposti) il carattere dell'automaticità, ossia: la P.A., una volta accertata la sussistenza di un interesse diretto concreto ed attuale, non può non consentire l'accesso.

In merito al secondo aspetto, il Consiglio di Stato afferma che *“il Ministero si sostituisce indebitamente al privato interessato nella valutazione delle modalità, naturalmente libere, di salvaguardia dei propri interessi: e, senza averne legittimazione in ragione dei principi dello Stato di diritto, esercita un non previsto sindacato di tutela sull'istanza di accesso: che è naturalmente precluso all'Amministrazione che detiene i documenti”*.

In sostanza, la P.A. non può – come ha tentato di fare nel caso di specie il Ministero dell'Interno – negare l'accesso sulla base del fatto che l'interesse sostanziale sotteso all'istanza potrebbe essere tutelato, senza compromettere la continuità dell'azione amministrativa (cosa che invece quasi sempre si verifica se l'istanza stessa viene accolta),

attraverso una separata domanda giudiziale.

Infatti, l'art. 24 ultimo comma della Legge 241/90, quando stabilisce 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”*, intende dare al privato lo strumento per verificare la effettiva possibilità di proporre una domanda giudiziale che sia fondata: l'accesso nell'ambito del procedimento amministrativo serve proprio ad evitare il rischio che un'eventuale azione dinanzi al Giudice possa essere respinta in quanto non basata su dati oggettivi (ossia su quanto contenuto nei documenti cui si chiede di accedere) e possa quindi esporre il privato al rischio non soltanto di un mancato accoglimento ma soprattutto di una condanna alle spese di giudizio per aver agito con dolo o colpa grave, ovvero senza prima aver verificato che gli atti del procedimento amministrativo fossero idonei a legittimare una domanda giudiziale: non a caso l'istituto della *“temerarietà della lite”*, previsto dall'art. 96 c.p.c., è stato introdotto anche nel Codice del Processo Amministrativo (art. 26 comma 2 del D.lgs. 104/2010).

L'esigenza di garantire continuità e stabilità alla procedura di appalto ed a tutti gli atti connessi – per quanto meritevole di tutela – deve comunque cedere il passo al diritto del richiedente accesso di verificare l'idoneità della documentazione amministrativa a legittimare la proposizione di una domanda giudiziale; e ciò sulla base di un'espressa previsione costituzionale, ossia quella dell'art. 113, che così stabilisce:

“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”. Se contro gli atti della P.A. la tutela giurisdizionale è sempre ammessa, allora ciò vuol dire che il privato deve prima di tutto essere messo nelle condizioni di poterne preliminarmente verificare la fondatezza, il che può avvenire soltanto consentendogli di accedere alla documentazione amministrativa.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2547 del 2017, proposto da:
Ministero dell'Interno, U.T.G. - Prefettura di Milano, in persona del legale rappresentante,
rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in
Roma, via dei Portoghesi, 12, sono domiciliati *ope legis*;

contro

Condominio Palazzo Rocca Barra di San Colombano al Lambro, in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Sorrentino e Claudio Bonora,
con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Federico Sorrentino in Roma, Lungotevere
delle Navi n.30;

nei confronti di

Associazione Culturale Acuarinto non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 00268/2017, resa tra
le parti, concernente ACCESSO AGLI ATTI DELLA PROCEDURA PER L'AFFIDAMENTO
DEL "SERVIZIO DI ACCOGLIENZA DI CITTADINI STRANIERI RICHIEDENTI PROTEZIONE
INTERNAZIONALE, NELL'AMBITO DI MILANO E PROVINCIA, DELLA GESTIONE DEI
SERVIZI CONNESSI E LA MESSA A DISPOSIZIONE DELLE STRUTTURE DI
ACCOGLIENZA" PER L'ANNO 2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Condominio Palazzo Rocca Barra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 il Cons. Federico Di Matteo e
uditi per le parti l'avvocato dello Stato Paola Palmieri e l'avvocato Federico Sorrentino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con istanza 13 settembre 2016 il Condominio Palazzo Rocca Barra domandava alla Prefettura di Milano l'accesso agli atti della procedura per l'affidamento del "servizio di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale, nell'ambito di Milano e Provincia, della gestione dei servizi connessi e la messa a disposizione delle strutture di accoglienza. Anno 2016".
2. Premesso di aver appreso dall'Amministrazione comunale che otto unità immobiliari del detto condominio erano state poste a disposizione dell'Associazione culturale Acuarinto per consentirne la partecipazione alla procedura indetta dalla Prefettura di Milano e il conseguente affidamento del servizio di accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale per l'anno 2016, il Condominio dichiarava di avere interesse a prendere visione degli atti della procedura (in particolare, della domanda di partecipazione alla gara presentata dalla Associazione culturale Acuarinto) al fine di verificare i dati identificativi del concorrente e le dichiarazioni rese per attestare la certificazione urbanistica e sanitaria degli immobili a disposizione, allo scopo di tutelare e difendere i propri interessi giuridici anche, ove necessario, dinanzi all'autorità giudiziaria.
3. La Prefettura di Milano, con nota del 5 ottobre 2016, respingeva l'istanza di accesso per mancanza di "una situazione giuridicamente rilevante o un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata".
4. Con ricorso notificato il 28 ottobre 2016, il Condominio impugnava il diniego di accesso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, domandandone l'annullamento. Il Condominio ribadiva di aver interesse a prendere visione dei documenti al fine di valutare le iniziative, anche giudiziarie, da intraprendere per la tutela dei propri diritti; dubitava, infatti, che l'accoglienza dei migranti fosse compatibile con la destinazione degli immobili ad uso abitativo, o ufficio o studio professionale, prevista dal regolamento condominiale; il condominio, d'altronde, risultava privo di strutture necessarie per ricevere un numero elevato di persone straniere bisognose di assistenza alimentare, sanitaria ed amministrativa. Il ricorrente concludeva che la situazione era in grado di pregiudicare la quiete dei residenti e di impedire la prosecuzione della sua attività di ristrutturazione degli immobili e successiva vendita.
5. Il Ministero dell'Interno si costituiva in giudizio e insisteva per il rigetto del ricorso.
6. Il Tribunale amministrativo per la Lombardia, con sentenza 2 febbraio 2017 n. 268, accoglieva il ricorso del Condominio Palazzo Rocca Barra: esaminata la documentazione versata in atti dal ricorrente, riconosceva la sussistenza di interessi diretti concreti e attuali, corrispondenti a una situazione giuridicamente tutelata, in quanto riconducibili alla tutela delle prerogative dei condomini proprietari degli alloggi compresi nel condominio. Sicché ordinava alla Prefettura di Milano l'esibizione dei documenti richiesti entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della decisione.
7. Propone appello il Ministero dell'interno con atto notificato il 3 aprile 2017 e istanza di

sospensione degli effetti della sentenza. Si è costituito con memoria il Condominio Palazzo Rocca Barra, che ha anche depositato memoria difensiva in vista della camera di consiglio. Alla camera di consiglio del 28 settembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Con un unico motivo di appello, il Ministero dell'interno critica la sentenza per non aver considerato che le prerogative condominiali dei condomini proprietari degli appartamenti possono essere adeguatamente tutelate anche senza conoscere gli atti della procedura di gara; in breve, il condominio non trarrebbe utilità, neppure indiretta, dalla conoscenza degli atti di gara, potendo, comunque, nelle sedi giudiziarie, opporsi alla destinazione ad abitazione e accoglienza migranti degli appartamenti siti nel condominio. La domanda di accesso si tradurrebbe in impropria e abusiva forma di controllo dell'attività istituzionale dell'Amministrazione.

9. L'appello del Ministero dell'interno è infondato e va respinto.

10. Vale rammentare che l'accesso agli atti di una procedura di affidamento di contratti pubblici è oggi, nel settore degli appalti pubblici, disciplinato dall'art. 53 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La giurisprudenza sull'immediato antecedente normativo, l'art. 13 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, di identico tenore, ha affermato trattarsi di norma eccezionale la cui portata va limitata sia soggettivamente ad altro concorrente che proponga istanza di accesso alla stazione appaltante, che oggettivamente alla sola tutela in giudizio dei propri interessi (cfr. Cons. giust. amm. Sic., 23 settembre 2016, n. 324 e Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1056).

11. Nondimeno, al di là della platea dei concorrenti che competono per il bene della vita dell'aggiudicazione e di quanto l'accesso è strumentale, e in ragione del rinvio contenuto nel primo comma dell'art. 53 alla l. 7 agosto 1990 n. 241, le fattispecie, diverse da quelle ricordate dalla giurisprudenza circa i concorrenti, restano per i terzi disciplinate dalle disposizioni generali degli articoli 22 e ss. l. 7 agosto 1990, n. 241. Tra queste rientra quella del presente giudizio in cui a richiedere l'accesso agli atti è un soggetto estraneo alla procedura di gara, che intende salvaguardare la consistenza e il valore del diritto di proprietà dei condomini sul quale l'appalto stesso va evidentemente ad incidere: perciò titolare di un interesse differenziato e qualificato, inerente al godimento della proprietà immobiliare. Egli, in ragione tale distinzione dell'interesse di cui è portatore, ben può accedere agli atti della procedura nei presupposti, che ricorrono, e nelle condizioni dell'art. 22 l. n. 241 del 1990.

12. Il Ministero, nell'appello, non nega sussistere una situazione soggettiva in capo all'appellata, tanto è che richiama le "prerogative condominiali" (i poteri e le facoltà riconosciuti dal codice civile a chi riveste lo status di condomino), ma assume che l'interessata non potrebbe ricevere utilità diretta dalla conoscenza degli atti della procedura di gara.

Così agendo e così argomentando, tuttavia, il Ministero si sostituisce indebitamente al privato interessato nella valutazione delle modalità, naturalmente libere, di salvaguardia dei propri interessi: e, senza averne legittimazione in ragione dei principi dello Stato di diritto, esercita un non previsto sindacato di tutela sull'istanza di accesso: che è naturalmente precluso all'Amministrazione che detiene i documenti.

13. Nemmeno pare ricorrere una delle cause di esclusione dell'art. 24, commi 1 e 6, l. 7 agosto 1990, n. 241.

14. Vale aggiungere che il vaglio dell'Amministrazione sull'istanza di accesso è per costante giurisprudenza limitato in un perimetro ristretto dalla legge e non contempla alcuna valutazione dell'utilizzo che il privato intenda fare del documento (Cons. Stato, V, 23 marzo 2015 n. 1545; IV, 29 gennaio 2014 n. 461; IV, 19 marzo 2014, n. 1339, ma già Cons. Stato, V, 10 gennaio 2007, n. 55).

15. Il collegamento dell'interesse differenziato dell'istante condominio con i documenti di cui chiede l'accesso era dunque palese, essendo ente gestore dello stabile dove si trovano gli immobili adibiti ad abitazione e accoglienza. Sicché è del tutto naturale che, a meglio tutelare il proprio definito interesse, stimasse funzionale l'acquisizione della conoscenza degli atti in questione, tra cui ad esempio le certificazioni urbanistiche e sanitarie, sulla cui base l'Associazione culturale Acuarinto ha partecipato alla procedura e la Prefettura ne ha disposto l'affidamento, così destinando gli appartamenti condominiali a fini che l'interessata assume diversi da quelli consentiti dal regolamento condominiale.

16. Le spese di lite seguono la soccombenza e devono essere liquidata a carico del Ministero dell'Interno ed a favore del Condominio Palazzo Rocca Barra nei termini di cui in dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia n. 268/2017.

Condanna il Ministero dell'Interno – Prefettura di Milano al pagamento delle spese di lite che liquida, per la presente fase del giudizio, in € 5.000,00 (cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

