

Un partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica può chiedere l'accesso agli atti all'Inps per conoscere la regolarità dei versamenti contributivi previdenziali effettuati dalla cooperativa aggiudicataria alle date utili per la partecipazione alla g

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'esistenza di una situazione di interesse ai sensi dell'art. 22 legge 241/90 è da individuare nella partecipazione della appellante a una gara di appalto, da cui l'interesse a conoscere la regolarità contributiva della cooperativa aggiudicataria. Una volta acclarata la rilevanza dei dati oggetto della documentazione richiesta il giudice non può - tanto più se non sta esercitando un potere squisitamente istruttorio, ma opera in sede di scrutinio circa le condizioni di esercizio di una situazione giuridica soggettiva -

inferire la sufficienza di una fonte conoscitiva mediata, qual è il documento dell'INPS, che, evidentemente, non costituisce prova direttamente rappresentativa della situazione di regolarità contributiva dell'aggiudicataria della gara, ma semplice dichiarazione di scienza - sia pure qualificata - in ordine a detta situazione, formalmente incorporata in un documento ma, nella sostanza, avente natura testimoniale (il che determina un'impropria sostituzione del mezzo narrativo a quello documentale).

Merita di essere segnalata la decisione numero del 590 del 20 febbraio 2008, inviata per la pubblicazione in data 25 febbraio 2008 emessa dal Consiglio di Stato

< All'esito di un lungo percorso - giurisprudenziale e normativo - il legislatore ha codificato la prevalenza del diritto di accesso nell'art. 24, comma 7 legge 241/90, salvo i limiti indicati dalla stessa disposizione in ipotesi di dati sensibili. Detta prevalenza è ribadita nello specifico settore degli appalti dall'art. 13, comma 6 Dlgs. 163/06.

Ne consegue che l'indiscriminato diniego all'accesso opposto dall'INPS è illegittimo e va riconosciuta la pretesa dell'appellante ad accedere al fascicolo elettronico da cui risultano in maniera specifica e analitica i versamenti della cooperativa "*****" nei limiti previsti dall'art. 24, comma legge 241/90, ove concretamente ravvisabili (circostanza che - pur apparendo insussistente, non riguardando la documentazione richiesta dati sensibili, come definiti dall'art. 4, comma 1 lett.d) Dlgs. 196/03 - spetta all'Amministrazione accertare).>

QUESTA LA NORMA DI CUI SI DISCUTE:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

(...)

Art. 13. Accesso agli atti e divieti di divulgazione

(art. 6 dir. 2004/18; art. 13, dir. 2004/17, art. 22, legge n. 109/1994; art. 10, d.P.R. n. 554/1999; legge n. 241/1990)

1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;

c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.

7. Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 590 del 20 febbraio 2008 emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.590/2008

Reg.Dec.

N. 9055 Reg.Ric.

ANNO

2007

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9055/2007, proposto dalla Cooperativa Sociale a r.l. "ALFA", in persona del suo rappresentante legale, nella qualità di mandante dell'ATI e come capo gruppo mandatario al Consorzio Cooperative Sociali "ALFA BIS", rappresentata e difesa dall'avv. *****, ed elettivamente domiciliata in Roma, via Sebino 11;

c o n t r o

- INPS (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale), in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e *****, ed elettivamente domiciliato presso la propria Avvocatura Centrale, in Roma via della ***** 17;

nei confronti

- del Comune di Ardea, in persona del Sindaco in carica, non costituito nel presente giudizio;
- Dirigente p.t., dell'Area III-Servizi alla persona-Servizio IV-Servizi sociali Comune di Ardea, non costituito in giudizio;
- della Cooperativa Sociale a r.l. "*****", in persona del suo rappresentante legale, non costituita nel presente giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma Sez. II ter, n. 9278/07.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'INPS;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore all'udienza del 14 dicembre 2007 il Consigliere ***** e udito l'avv. *****;

Ritenuto quanto segue:

F A T T O

1.

Con

motivi aggiunti a un ricorso in materia di appalti proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio la Cooperativa Sociale a r.l. "ALFA" domandava l'annullamento del provvedimento comunicato con nota del 30.3.2007 del Responsabile dell'Unità di processo per Aziende con dipendenti della sede INPS di Pomezia, con il quale era stata respinta una richiesta di accesso a documentazione riguardante la posizione contributiva della aggiudicataria della gara impugnata con il ricorso introduttivo. A fondamento della domanda giurisdizionale deduceva plurime censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Con sentenza n. 9278/07 il TAR rigettava il ricorso.

2.

La sentenza è stata appellata dalla Cooperativa, che contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado. Si è costituito per resistere all'appello l'INPS.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 14 dicembre 2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La Cooperativa Sociale a r.l. "ALFA" ha promosso ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio avverso gli atti di una gara per l'affidamento del servizio di assistenza scolastica agli alunni portatori di handicap, indetta dal Comune di Ardea e aggiudicata alla Cooperativa Sociale "*****".

Nel corso del giudizio il TAR ha disposto a carico della competente Direzione provinciale INPS di Pomezia il rilascio di un attestato in ordine alla regolarità contributiva della cooperativa aggiudicataria dell'appalto al momento della partecipazione alla gara e nelle fasi successive.

La cooperativa "ALFA" - evidentemente non soddisfatta dalla produzione documentale effettuata dall'INPS - ha formulato all'Ente istanza di accesso ai sensi dell'art. 25 della legge 241/90, avente ad oggetto copia del fascicolo elettronico da cui risultano in maniera specifica e analitica i versamenti della cooperativa "*****".

Il provvedimento di diniego, fondato sulla esclusione dall'accesso di atti che riguardino la riservatezza di terzi, è stato impugnato dalla Cooperativa con motivi aggiunti al ricorso, formulati per connessione ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge 1034/71.

2. La sentenza appellata ha dichiarato inammissibile l'azione per difetto d'interesse ad agire.

Il giudice di primo grado ha ritenuto la richiesta di accesso finalizzata alla tutela dell'interesse azionato per il riconoscimento dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto, ravvisando a tal fine sufficiente la documentazione acquisita con l'istruttoria, la quale attesta la regolarità dei versamenti contributivi previdenziali effettuati dalla cooperativa aggiudicataria alle date utili per la partecipazione alla gara.

Obietta l'appellante in primis che non spettava al TAR anticipare una valutazione sulla rilevanza della documentazione richiesta nel giudizio di merito e che, comunque, l'interesse nei sensi di cui all'art. 22 certamente sussiste.

Con il secondo motivo dell'appello la Cooperativa lamenta la violazione dell'art. 24, comma 7 legge 241/90 e dell'art. 13, comma 6 Dlgs. 163/06, il quale ultimo specificamente tutela l'interesse del concorrente ad una gara di appalto a conoscere documenti utili per la propria difesa in giudizio.

3. I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati attesa la connessione, sono fondati.

Il TAR ha fatto malgoverno dei principi in tema di interesse ad agire per l'accesso, da intendersi non come legittimazione ad esperire la relativa azione, fondata sulla sussistenza di una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per il quale è chiesto l'accesso, bensì come utilità del documento alla concreta protezione di tale situazione.

Nella fattispecie la situazione legittimante è stata individuata - anche in ragione della tecnica incidentale utilizzata dalla parte per formulare la domanda processuale - nella partecipazione della appellante a una gara di appalto, da cui l'interesse a conoscere la regolarità contributiva della cooperativa aggiudicataria.

Pur non negando l'esistenza di una situazione di interesse ai sensi dell'art. 22 legge 241/90, il giudice di primo grado ha ravvisato che detto interesse fosse concretamente soddisfatto dal documento acquisito in giudizio, implicitamente assumendo che di nessuna concreta utilità poteva essere l'accesso richiesto.

Tale affermazione è indimostrata e, anzi, costituisce un'ingerenza nelle strategie difensive della parte. Una volta acclarata la rilevanza dei dati oggetto della documentazione richiesta il giudice non può - tanto più se non sta esercitando un potere squisitamente istruttorio, ma opera in sede di scrutinio circa le condizioni di esercizio di una situazione giuridica soggettiva - inferire la sufficienza di una fonte conoscitiva mediata, qual è il documento dell'INPS, che, evidentemente, non costituisce prova direttamente rappresentativa della situazione di regolarità contributiva dell'aggiudicataria della gara, ma semplice dichiarazione di scienza - sia pure qualificata - in ordine a detta situazione, formalmente incorporata in un documento ma, nella sostanza, avente natura testimoniale (il che determina un'impropria sostituzione del mezzo narrativo a quello documentale).

Ciò posto, occorre esaminare la legittimità del diniego opposto dall'INPS all'istanza di accesso, censurato con il ricorso di primo grado.

Viene in rilievo l'annoso conflitto tra diritto di difesa dell'interessato, cui è preordinato l'accesso, e diritto alla riservatezza dei terzi.

All'esito di un lungo percorso - giurisprudenziale e normativo - il legislatore ha codificato la prevalenza del diritto di accesso nell'art. 24, comma 7 legge 241/90, salvo i limiti indicati dalla stessa disposizione in ipotesi di dati sensibili. Detta prevalenza è ribadita nello specifico settore degli appalti dall'art. 13, comma 6 Dlgs. 163/06.

Ne consegue che l'indiscriminato diniego all'accesso opposto dall'INPS è illegittimo e va riconosciuta la pretesa dell'appellante ad accedere al fascicolo elettronico da cui risultano in maniera specifica e analitica i versamenti della cooperativa "*****" nei limiti previsti dall'art. 24, comma legge 241/90, ove concretamente ravvisabili (circostanza che - pur apparendo insussistente, non riguardando la documentazione richiesta dati sensibili, come definiti dall'art. 4, comma 1 lett.d) Dlgs. 196/03 - spetta all'Amministrazione accertare).

L'appello è accolto. Attesa la criticità della questione è opportuna la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio sull'accesso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in accoglimento dei motivi aggiunti formulati in primo grado, annulla il provvedimento comunicato con nota

del 30.3.2007 del Responsabile dell'Unità di processo per Aziende con dipendenti della sede INPS di Pomezia .

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 14 dicembre 2007, con l'intervento dei sigg.ri:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...20/02/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

<https://www.diritto.it/un-partecipante-ad-una-procedura-ad-evidenza-pubblica-puo-chiedere-l-accesso-agli-atti-all-insp-per-conoscere-la-regolarita-dei-versamenti-contributivi-previdenziali-effettuati-dalla-cooperativa-aggi/>