



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

N.590/2008

Reg.Dec.

N. 9055 Reg.Ric.

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9055/2007, proposto dalla Cooperativa Sociale a r.l.
"Mano Amica", in persona del suo rappresentante legale, nella qualità di
mandante dell'ATI e come capo gruppo mandatario al Consorzio
Cooperative Sociali "Castel Sangallo", rappresentata e difesa dall'avv.
Francesco A. Caputo, 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 Luigi
Caliulo e Fabrizio Correr, ed elettivamente domiciliato presso la propria
Avvocatura Centrale, in Roma via della Frezza 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. "Massimiliano Kolbe", 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 Francesco Bellomo e udito l'avv. Caputo;

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. "Mano Amica" 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. "Mano Amica" 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 "Massimiliano Kolbe".

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 "Mano Amica" – 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 "Massimiliano Kolbe".

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 "Massimiliano Kolbe" 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:

Claudio Varrone

Presidente

Giuseppe Romeo

Consigliere

Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Francesco Bellomo	Consigliere Est.

Presidente

Claudio Varrone

Consigliere

Francesco Bellomo

Segretario

Vittorio Zoffoli

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il....20/02/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....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