

Pubblicato il 06/09/2019

N. 01522/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00497/2019 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 staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 497 del 2019, proposto dalla società (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Lodovico Visone, Claudio Piacentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Provincia di Avellino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Piazza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

la società (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della nota prot. 9720 del 22 marzo 2019, a firma del Dirigente e Responsabile del procedimento, Area Tecnica e Governo del Territorio della Provincia di Avellino recante diniego sull'istanza di accesso alla documentazione amministrativa, ex artt. 22 e ss. L. 241/1990, presentata via p.e.c. in data 27 febbraio 2019 ed assunta al protocollo dell'Ente con il n° 7028 del 28 febbraio 2019, avente ad oggetto <il rilascio copia del progetto esecutivo di (Omissis), atti approvazione, successivi atti amministrativi>, relativa alla procedura aperta per appalto integrato per lavori di progettazione esecutiva e costruzione della strada denominata <Manna – Svincolo Ariano Irpino- I lotto> nonché

- per la declaratoria del diritto della società (Omissis) ad accedere ai documenti richiesti con l'istanza di accesso agli atti avanzata con nota pec in data 27 febbraio 2019 ed assunta al protocollo dell'Ente con il n° 7028 del 28 febbraio 2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Avellino e della società (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2019 la dott.ssa Angela Fontana e uditi per la ricorrente l'avvocato Visone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Parte ricorrente in data 27 febbraio 2019, ha inoltrato alla Provincia di Avellino - in qualità di stazione appaltante per l'affidamento della progettazione esecutiva e la costruzione della

strada denominata <Manna- Svincolo Ariano Irpino—I lotto> di cui all'Accordo di Programma Quadro Infrastrutture per la viabilità nella Regione Campania- Bilancio 2009- istanza di accesso agli atti della procedura, in particolare chiedendo il rilascio di copia del progetto esecutivo della società (Omissis), risultata aggiudicataria della gara, nonché degli atti di approvazione e successivi atti amministrativi.

L'istanza di accesso agli atti è stata proposta dalla ricorrente in ragione della necessità di articolare difese dinanzi al giudice civile relativamente ad una controversia insorta in ordine alla predetta gara.

2. La Provincia di Avellino, con il provvedimento ora gravato, ha comunicato che l'istanza non poteva essere accolta, <perché sarebbe in corso la procedura di verifica e validazione propedeutica all'adozione del provvedimento finale>.

Avverso tale determinazione ha proposto ricorso la società (Omissis) Costruzioni deducendo la illegittimità del diniego sotto molteplici profili di violazione di legge, invocando, in particolare, gli articoli. 22 e segg. della L. 241 del 1990; l'art. 53 del d. lgs 50 del 2016; l'art. 13 del d. lgs 163 del 2006.

In sostanza, secondo la prospettiva della ricorrente, l'amministrazione avrebbe dovuto fare applicazione dei principi espressi dal citato articolo 53 e non avrebbe potuto differire l'accesso in ragione della mancata conclusione del procedimento di validazione del progetto.

3. Si sono costituite la intimata Provincia di Avellino e la controinteressata chiedendo che il ricorso sia respinto.

Alla udienza camerale del 9 luglio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Il ricorso è infondato.

4.1 Va, preliminarmente, precisato che l'istanza di accesso agli atti è stata formulata dalla interessata ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 241 del 1990.

La vicenda va, dunque, esaminata con riferimento all'assetto disciplinato da tale norma cui deve essere affiancata – in ragione della specifica procedura – la norma contenuta nell'art. 53 del d.lgs 50 del 2016.

Non può, infatti, trovare applicazione la diversa disciplina dell'accesso civico – disciplinata dall'art.5, comma 2 del d.lgs. 33 del 2013 - cui ha fatto riferimento nella discussione orale del merito della controversia il procuratore costituito della ricorrente proprio perché, nel caso di specie, non è stata formulata una istanza di accesso civico. Ritiene, pertanto, il Collegio che non ricorrano i presupposti per estendere alla presente controversia i principi espressi dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nella sentenza n. 3780 del 2019 poiché in tale controversia, diversamente che nel caso in esame, l'istanza fu formulata originariamente proprio ai sensi dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. 33 del 2013.

Nel caso in cui l'opzione dell'istante sia espressa per un determinato modello, resta precluso alla pubblica amministrazione – fermi i presupposti di accoglibilità dell'istanza- di diversamente qualificare l'istanza stessa al fine di individuare la disciplina applicabile; in correlazione, l'opzione preclude al privato istante la conversione in sede di riesame o di ricorso giurisdizionale (cfr., per l'inammissibilità dell'immutazione in corso di causa dell'*actio ad exhibendum*, pena la violazione del divieto di *mutatio libelli* e di *ius novorum*, Cons. Stato, IV, 28 marzo 2017, n. 1406 e id., V, n. 1817/19 cit.).

4.2 Dispone l'art. 53 del d. lgs 50 del 2016 che *“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 dagli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241”*-

La stessa norma, al comma 2, prevede specifiche ipotesi di differimento giustificate dalla necessità di salvaguardare la posizione dei concorrenti di una gara, relativamente a profili di tutela della privacy e della concorrenza.

Ritiene il Collegio che nelle ipotesi di differimento possa farsi rientrare anche quella relativa alla validazione del progetto in quanto atto avente natura endoprocedimentale.

La validazione, infatti, chiude il processo di progettazione e di verifica e, di fatto, attesta che il progetto può essere posto a base di gara: essa è fase prodromica alla selezione del soggetto a cui affidare l'esecuzione oppure l'ulteriore sviluppo e il completamento della progettazione e l'esecuzione dell'opera.

Ciò posto, in considerazione della natura endoprocedimentale degli atti oggetto della richiesta di accesso, risulta legittimo il diniego di accesso opposto dalla stazione appaltante che dovrà, tuttavia, mettere a disposizione dell'interessato gli atti del procedimento allorquando esso si sia concluso con eventuale validazione del progetto.

5. Sussistono, ad avviso del Collegio, i presupposti per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 497 del 2019, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Angela Fontana, Primo Referendario, Estensore

Fabio Maffei, Referendario

L'ESTENSORE

Angela Fontana

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO