

## Consiglio di Stato, sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 201

### FATTO e DIRITTO

1. Con decisione del Consiglio di Stato, VI, 21 settembre 2007, n. 4889 è stato accolto un ricorso proposto da Express s.c.r.l. contro l'Università degli studi di Trieste in relazione all'aggiudicazione di un appalto di "servizi integrativi", con aggiudicazione in favore di Le Macchine Celibi s.c.r.l.

Tale giudicato prescrive l'attribuzione di cinque punti aggiuntivi in favore della ricorrente, che si colloca per l'effetto al primo posto della graduatoria.

In esecuzione del giudicato l'Università ha aggiudicato l'appalto a Express s.c.r.l.

2. Tale aggiudicazione è stata impugnata da Le Macchine Celibi s.c.r.l., che ha dedotto la censura di irregolarità contributiva e previdenziale.

Il Tribunale amministrativo del Friuli - Venezia Giulia, con la sentenza 26 maggio 2008, n. 299 ha respinto la censura osservando che nel corso della gara di appalto la stazione appaltante è vincolata alle risultanze del documento unico di regolarità contributiva (DURC) che fa piena prova fino a querela di falso, e che nella specie per la società Express s.c.r.l. vi era un DURC regolare, irrilevante essendo, ai fini della gara di appalto, la diversa questione, sollevata da Le Macchine Celibi, che il DURC sarebbe stato ottenuto sulla base di documenti non veritieri.

3. Nel frattempo Le Macchine Celibi aveva presentato, in data 12-15 gennaio 2008, istanza di accesso all'INPS, in cui, premesso di aver presentato ricorso al Tribunale amministrativo contro l'aggiudicazione del suddetto appalto in favore della controinteressata, e al dichiarato fine di *"meglio arti colare la difesa in giudizio l'istante ha assoluta necessità di verificare se la Cooperativa (...) è in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori nonché se*

*ha regolarmente adempiuto al pagamento di tutte le imposte e tasse, essendo entrambi questi requisiti indispensabili per ottenere l'affidamento di un appalto da parte della pubblica amministrazione (...)"chiedeva "di prendere visione ed estrarre copia della documentazione relativa alla regolarità del pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali e del pagamento di imposte e tasse da parte della Cooperativa (..)".*

L'INPS di Trieste con nota del 5 febbraio 2008 ha respinto l'istanza di accesso in base al suo regolamento attuativo per la disciplina del diritto di accesso 18 aprile 1994, n. 117, art. 17, capo II n. 9 e 10, anche tenuto conto del parere negativo della Cooperativa controinteressata, fatto pervenire all'INPS.

4. Contro tale nota del 5 febbraio 2008 la società Le Macchine Celibi ha presentato ricorso ai sensi dell'art. 21-*bis* legge 6 dicembre 1971, n. 1034 al Tribunale amministrativo del Friuli Venezia Giulia.

5. Il giudice accolto il ricorso con la sentenza 26 maggio 2008, n. 297, in base ai seguenti argomenti:

- va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per erronea qualificazione dell'azione come azione avverso il silenzio anziché azione avverso il diniego di accesso, perché nella sostanza il ricorso avrebbe il contenuto di *actio ad exhibendum*;

- va disattesa l'eccezione di difetto di interesse a conoscere dichiarazioni - rilevanti sotto il profilo contributivo - precedenti l'appalto di cui si controverte, dato che la regolarità contributiva andrebbe certificata in riferimento a tutta l'attività svolta dall'azienda, quindi anche a periodi precedenti all'appalto in contestazione;

- il DURC è documento sorretto da fede privilegiata contestabile solo attraverso la querela di falso;

- in tema di accesso la regola generale è che il diritto di accesso prevale sul contrapposto diritto alla riservatezza ogni volta che un soggetto necessita degli atti che chiede di conoscere per tutelare e difendere i propri giuridici interessi;

- l'interesse della parte sarebbe particolarmente qualificato dall'aver Le Macchine Celibi s.c.r.l. ed Express s.c.r.l. partecipato alla medesima gara d'appalto, la cui documentazione, per costante giurisprudenza e per evidenti ragioni di trasparenza e imparzialità, deve essere messe a disposizione di tutti i partecipanti. Infatti, la prevalenza del diritto di accesso (sul contrapposto diritto alla riservatezza) è ribadita - nello specifico settore degli appalti - dall'art. 13, comma 6, d.lgs. n. 163/2006.

6. Ha proposto appello la società controinteressata all'accesso, lamentando:

- l'inammissibilità del ricorso di primo grado, qualificato come ricorso avverso il silenzio inadempimento;
- l'inaccoglibilità dell'istanza di accesso in relazione a tutta la storia contributiva dell'appellante;
- il difetto di interesse all'accesso, atteso che nella gara di appalto la stazione appaltante era vincolata alle risultanze del DURC, e atteso, pertanto, che l'accesso non era strumentale alla difesa nel giudizio amministrativo;
- il carattere generalizzato e dunque ispettivo dell'istanza di accesso, come tale inammissibile.

7. La Sezione, con ordinanza 16 settembre 2008 n. 4909, ha accolto l'istanza di sospensione cautelare della sentenza, osservando che *“la certificazione DURC ai fini delle procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici appare allo stato sufficiente ad attestare la regolarità contributiva dell'appellante e che, comunque, l'originaria ricorrente non può sostituirsi all'autorità ispettiva competente per legge né a fini acquisitivi né a fini accertativi di eventuali violazioni, neppure attivando in via giurisdizionale tale intervento sostitutivo mediante impugnazione degli atti di una gara”*.

8. L'appello è fondato.

9. Va disatteso il primo motivo di appello con cui si lamenta l'inammissibilità del ricorso di primo grado per erronea qualificazione dell'azione come azione avverso il silenzio inadempimento, atteso che il ricorso di primo grado presenta, al di là dell'erroneo *nomen iuris*, tutti i requisiti di forma e di sostanza di un ricorso per l'accesso.

10. Sono invece fondate le censure di difetto di interesse all'accesso.

Sul punto, il Collegio premette, in diritto, che l'accesso è oggetto di un diritto soggettivo di cui il giudice amministrativo conosce in giurisdizione esclusiva. Il giudizio ha per oggetto la verifica della spettanza o meno del diritto di accesso, piuttosto che la verifica della sussistenza o meno di vizi di legittimità dell'atto amministrativo. Infatti, il giudice può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti, così sostituendosi all'amministrazione e ordinandole un *facere* pubblicistico, solo se ne sussistono i presupposti (art. 116, comma 4, Cod. proc. amm.). Il che implica che, al di là degli specifici vizi e della specifica motivazione dell'atto amministrativo di diniego dell'accesso, il giudice deve verificare se sussistono o meno i presupposti dell'accesso, potendo pertanto negarlo anche per motivi diversi da quelli indicati dal provvedimento amministrativo [Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 117]. Sicché il giudice può anche ravvisare motivi ostativi all'accesso diversi da quelli opposti dall'Amministrazione.

11. Alla luce di tale premessa, è fondata la censura di difetto di interesse all'accesso, sotto il profilo che l'istanza di accesso è stata finalizzata ad acquisire elementi difensivi per il giudizio davanti al giudice amministrativo contro l'aggiudicazione dell'appalto.

Invero, sono dirimenti due considerazioni.

Da un lato, nelle gare di appalto pubblico, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) rappresenta un documento necessario e sufficiente, dalle cui

risultanze l'amministrazione non si può discostare, per cui era del tutto irrilevante, al fine della gara di appalto e del conseguente contenzioso, andare a verificare la veridicità dei documenti posti a fondamento del DURC medesimo. Se del caso, la falsità di tali documenti potrebbe rilevare in un diverso giudizio di risarcimento del danno tra privati, ma non nel giudizio amministrativo, in difetto di querela di falso. Pertanto, non vi era alcun originario interesse, in capo alla società Le Macchine Celibi s.c.r.l., a visionare gli atti posti a fondamento del DURC, ai fini del giudizio davanti al Tribunale amministrativo.

Dall'altro lato, il giudizio davanti al Tribunale amministrativo si è nel frattempo concluso con sentenza di rigetto passata in giudicato. Sicché è venuto meno l'interesse della Le Macchine Celibi s.c.r.l. ad esercitare l'accesso in funzione di un giudizio ormai definitivamente concluso.

12. E' anche fondato l'appello laddove lamenta che l'istanza di accesso era finalizzata ad un accesso generico e ispettivo, da considerare non ammissibile.

13. In conclusione, in accoglimento dell'appello, e in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso di primo grado.

14. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, vengono poste a carico di Le Macchine Celibi s.c.r.l., e liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00) in favore della società appellante e in euro 2000 in favore dell'INPS.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la società appellata al pagamento delle spese di lite nella misura di euro 2000 in favore dell'appellante e di euro 2.000,00 (duemila/00) in favore dell'INPS.

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