

N. 05202/2011 REG.PROV.COLL.
N. 03609/2011 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3609 del 2011, proposto da:
società Italy Emergenza Cooperativa Sociale a r.l., in persona del
legale rappresentante p.t., sig. Caccioppo Alessandro, rappresentata e
difesa, per mandati a margine dell'atto introduttivo del giudizio, dagli
avv.ti Fernando Rizzo ed Andrea Vadalà, con domicilio eletto in
Napoli, via Parco Comola Ricci, n. 165, presso lo studio legale
dell'avv. Andrea Orefice;

contro

Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, in persona del suo
Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa, per mandato in calce
alla copia notificata del ricorso, dall'avv. Rosa Maiello, con domicilio
eletto presso la sede dell'Azienda (Centro Direzionale is. 9 – Pal.
Esedra, n. 233)

nei confronti di

- società Bourelly s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, per mandato a margine dell'atto di costituzione in giudizio, dall'avv. Alessandro Cacchione, presso il cui studio è eletto domicilio, in Napoli, via Suarez, n. 21;
- società T.D.I.M. Word Service di Russo Teodoro s.a.s., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del diniego all'accesso agli atti della gara di appalto indetta dall'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro per l'affidamento del servizio (lotti A e B) di traduzione, per motivi sanitari, a mezzo di autoambulanze, di detenuti dalle strutture penitenziarie di Poggioreale e di Secondigliano, quale contenuto nella nota del 19 aprile 2011, pervenuta il 10 maggio successivo;

ove occorra, per disapplicare e/ o annullare, dichiarare nulla o inesistente

la delibera aziendale n. 552 del 19 maggio 2005 (non conosciuta), "che, a dire dell'amministrazione, esclude il diritto di accesso ai documenti amministrativi, ove non presentati e ritirati personalmente dal rappresentante legale della ditta su apposito modello debitamente redatto dalla Asl";

e, ancora, per riconoscere il diritto

della ricorrente ad accedere agli atti di gara invocati, con il relativo rilascio delle copie richieste

e, quindi, nel persistere dell'adempimento, per la *nomina di un commissario ad acta* che vi provveda;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione e della controinteressata Bourelly s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 il dott. Arcangelo Monaciluni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1- A mezzo del gravame in epigrafe, notificato il 9 giugno 2011 e depositato il successivo giorno 22 dello stesso mese, la società Italy Emergenza Cooperativa Sociale si duole del diniego all'accesso agli atti della gara di appalto indetta dall'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro per l'affidamento del servizio (lotti A e B) di traduzione a mezzo di autoambulanze di detenuti dalle strutture penitenziarie di Poggioreale e di Secondigliano: diniego contenuto, secondo la prospettazione attorea, nella impugnata "*lettera datata 19 aprile 2011 e pervenuta con racc. a r. del 10 maggio 2011 presso la sede*" (pag. 2 dell'atto introduttivo del gravame); lettera che richiama il regolamento aziendale che "*non ammette l'accesso ai documenti con istanza inoltrata a mezzo del servizio postale o altro servizio sostitutivo*", come qui avvenuto, tramite il servizio postale, con istanza ricevuta dall'amministrazione in data 28 marzo 2011 e recante l'elenco dei singoli atti cui è chiesto di

accedere.

L'impugnativa è estesa al cennato regolamento (per l'esercizio del diritto di accesso, emanato con delibera aziendale n. 552 del 19 maggio 2005) sulla cui anzidetta previsione (art. 3, punto 5) si fonda l'odierna determinazione dell'amministrazione.

2- L'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro e la società Bourelly s.r.l. (una delle due cui il gravame è stato notificato in qualità di controinteressate) si sono costituite in giudizio e, con apposite memorie, hanno replicato alla pretesa attorea, sostenendo nel merito che non è stato opposto alcun rifiuto alla richiesta di accesso, ma solo invitata la società istante al rispetto delle modalità previste dal regolamento, secondo cui l'istanza deve essere presentata dal legale rappresentante della ditta personalmente e su apposito modello o a mezzo di altra persona munita di espressa delega (art. 8 del regolamento), e non anche a mezzo posta (art. 3).

La controinteressata ha previamente formulato più eccezioni in rito tese a precludere l'esame di entrambi gli atti impugnati.

3- Nel corso dei *preliminari* dell'odierna adunanza camerale è stata data formale avvertenza, ex art. 73, comma 3, c.p.a., che il Collegio si sarebbe fatto carico di ufficio di valutare le conseguenze processuali dell'anticipata trasmissione, in data 22 aprile 2011 tramite fax, della nota impugnata, quale poi successivamente inoltrata anche a mezzo posta.

L'avvertimento è stato dato in quanto fra le eccezioni processuali non è stata formalizzata anche quella specifica di tardività in ragione della

previa avvenuta conoscenza dell'atto impugnato a mezzo fax, ancorchè di essa si dia atto nella relazione predisposta per la difesa dal Direttore del Dipartimento Economico dell'Azienda, depositata in giudizio in una al rapporto di ricezione del fax.

3a- In sede di *discussione orale* detto profilo di rito è stato ampiamente trattato dai procuratori delle parti costituite, tutti presenti.

In particolare, il procuratore attoreo ha sostenuto che:

- a) la modalità via fax non è più ammissibile alla luce della sopravvenuta normativa di cui al d. l.vo n. 82 del 2005, recante il codice dell'amministrazione digitale ed in particolare del suo art. 45;
- b) in ogni caso, la stessa non è prevista dal regolamento dell'Asl, tant'è che al fax è stato fatto seguire l'inoltro via posta;
- c) se pur vero che in sede di gara il rappresentante dell'impresa aveva indicato il numero di fax 0903717737 da utilizzarsi quale recapito per le informazioni relative alla gara, ancora vero che l'indicazione era stata resa nell'ambito di un procedimento diverso, sicchè non poteva inferirsene il legittimo utilizzo in seno a quello qui in discussione e non poteva quindi farsi leva sulla circostanza che la comunicazione era ivi pervenuta: *dato fattuale questo esplicitamente ammesso* (già peraltro in seno all'atto introduttivo del giudizio).

4-Orbene, venendo alla fase valutativa-decisionale occorre partire dal dato che per pacifica giurisprudenza la forma di comunicazione a mezzo fax, anche per atti aventi natura recettizia, deve ritenersi valida ed efficace ai sensi degli artt. 38, comma 1, e 43, comma 3, del T.U. 28 dicembre 2000 n. 445, in quanto gli accorgimenti tecnici che

caratterizzano il sistema del fax garantiscono una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio; ne deriva che *“tale mezzo è idoneo a far decorrere i termini perentori per l'impugnazione, atteso che deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è pervenuta regolarmente senza che il soggetto che ha inviato il messaggio debba fornirne ulteriore prova, salva la prova contraria in ordine alla funzionalità dell'apparecchio ricevente, che deve essere fornita solo da chi afferma la mancata ricezione del messaggio”* (cfr. Cons. di Stato, sez. V, sentenza n. 5845 del 18 agosto 2010; sez. VI, sentenza n. 578 del 3 febbraio 2009 n. 578; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 7 aprile 2011, n. 861; anche Tar Campania Salerno, sez. I, 02 settembre 2010, n. 10677).

E nel caso di specie, in presenza del *“Rapporto di verifica trasmissione”* da cui si trae la ricezione della nota impugnata, n. 2823 del 19 aprile 2011, in data 22 aprile 2011, ore 9,44 (cfr. allegato 5 alla produzione dell'amministrazione), come già ricordato nemmeno in sede di discussione orale è stata affermata la mancata ricezione del messaggio a tale data, indicandone nel caso la ragione.

Ne consegue, necessitata, una pronuncia dichiarativa dell'irricevibilità del ricorso ex art. 35, comma 1, lettera a), c.p.a., posto che, a fronte della compiuta conoscenza del (l'asserito) diniego opposto dall'Azienda nella detta data del 22 aprile 2011 il ricorso è stato notificato solo il 9 giugno 2011, ovvero oltre il termine perentorio dei *“trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata”* previsto dall'art. 116, comma 1, c.p.a. in materia di accesso ai documenti amministrativi.

5- Siffatta conclusione non può infatti essere evitata alla stregua delle osservazioni svolte dal procuratore attoreo.

5a- Quanto alla prima, l'art. 45 del Codice dell'amministrazione digitale, recante il "*Valore giuridico alla trasmissione*", così recita:

"1. I documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale.

2. Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore".

Fermo che la previsione invocata ha quale destinatari i privati e non l'amministrazione, è comunque indubbio che essa si colloca in un quadro di insieme volto a dare concretezza all'intendimento del legislatore di "*digitalizzare*" l'amministrazione al suo interno e nei rapporti con i cittadini ("*Lo Stato, le regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate le tecnologie dell'informazione e della comunicazione*": art. 2, comma 1, del Codice).

Intendimento portato avanti dal legislatore con coerenza sistematica e di cui è traccia anche nella legislazione che si occupa dell'istituto dell'accesso. Ed invero, l'art. 13 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 ha disposto che le amministrazioni "*assicurano che il diritto di accesso possa*

essere esercitato anche in via telematica. Le modalità di invio delle domande e le relative sottoscrizioni sono disciplinate dall'articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni, dagli articoli 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, e dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni?

Se non che assicurare pari dignità a tali mezzi od anche indurre a privilegiarne l'utilizzo, come è di certo nella volontà del legislatore, non significa escludere altre più ordinarie (per lo meno allo stato) modalità di "connessione" fra cittadini ed amministrazione; più chiaramente, a differenza di quanto ritenuto dal procuratore attoreo, dall'introduzione della posta elettronica certificata e dalla specifica previsione invocata e sopra riportata (l'art. 45 del Codice) non è dato trarre alcuna espressa preclusione normativa al ricorso ad altre vie, a partire dalla consegna a mano del documento cartaceo alla modalità di trasmissione via fax, peraltro prevista espressamente dall'art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

5ab- A ciò va aggiunto, in via dirimente, che qui non si sta discutendo di modalità di invio di istanze all'amministrazione, ma di individuazione della data di avvenuta conoscenza del provvedimento lesivo: per verificare che l'azione giudiziaria si sia avuta entro il termine previsto dalla legge "*decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza*", come disposto dall'art. 41 c.p.a. senza altre specificazioni o prescrizioni.

5b- Tale ultima notazione vale anche a privare di pregio la seconda osservazione secondo cui il regolamento dell'Asl non prevede la

trasmissione via fax; peraltro il non averla prevista non significa averla esclusa senza che, ai fini qui rilevanti, possa assumere significato ultroneo il successivo inoltro anche via posta.

5c- Quanto infine all'ultimo rilievo, basterà osservare che il fax è stato spedito al numero 0903717737, ovvero a quello indicato in alto a destra sulla prima pagina dell'istanza di accesso, redatta su carta intestata della società; e ciò a prescindere dalla circostanza che lo stesso numero era stato indicato dal rappresentante dell'impresa in sede di gara, ovvero in un procedimento, se pur formalmente diverso da quello attivato dall'accesso, di certo a questo legato da connessioni tali da rendere ben possibile l'utilizzo del numero ivi indicato per evadere la richiesta di accedere agli atti di gara.

6- Prima di trarre le fila, avuto conto del tipo di argomentazioni utilizzate per evitare che si dichiarasse la tardività del ricorso, oltre che delle peculiarità sostanziali e processuali che connotano l'istituto dell'accesso, appare al Collegio opportuno evidenziare che la specificità dell'amministrazione sanitaria qui in discorso -depositaria di dati sensibili relativi alla salute e comunque esplicante la sua attività in campi legati a dati riservati, come comprova anche l'oggetto della gara ai cui atti si chiede di accedere- ben può giustificare una disciplina più rigida in tema di accesso, anche per quanto in riferimento alle garanzie da assicurarsi in ordine a qualificazione e certezza di identità dei soggetti ammessi ad esso.

Certo, disciplina più rigida non può significare *preclusione assoluta e generalizzata* a forme di accesso diverse da quelle personali, sia pur a

mezzo delegato; vi si frappone l'inequivoco dettato della normativa primaria cui si è fatto innanzi cenno, cui quella secondaria va rapportata (o adeguata) assicurando il rispetto delle diverse posizioni e/o diritti in gioco a mezzo delle opportune contemperazioni anche, se del caso, a seconda della natura dei documenti.

6a- Da quanto fin qui osservato si ricava che il regolamento aziendale in commento si appalesa (si sarebbe appalesato) soltanto inadeguato (inapplicabile, nel caso) nella parte in cui, non potendo precludersi in via generale ed assoluta forme di accesso diverse da quella personale, non detta modalità idonee ad assicurare il cennato contemperamento delle diverse posizioni e/o diritti, anche a mezzo di modalità di presentazione delle istanze, a mano o per altra via, quali nel dettaglio disciplinate dal richiamato art. 13 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 con il rinvio da esso operato all'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000, che, anche a mezzo di rinvii ad altre previsioni primarie, contiene per l'appunto normativa di dettaglio in tema di modalità di presentazione di istanze alla P.A.; normativa peraltro non rispettata nel caso di specie, con quanto avrebbe avuto a conseguirne all'esito della verifica delle condizioni per l'azione processuale, ove non ci si fosse dovuti arrestare in via ancor più preliminare.

7- Ciò detto, stante l'accertata tardività nella sua proposizione, come preannunciato il ricorso va dichiarato irricevibile.

7a- Le spese di giudizio, stante la specificità delle questioni trattate, possono essere compensate fra le diverse parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Renzo Conti, Presidente

Arcangelo Monaciliuni, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)