



Il Difensore Civico

## Decisione n. 4 del 2 febbraio 2021

**OGGETTO:** (OMISSIS) – ASL (OMISSIS) - Ricorso ex art. 5, comma 8 del D.Lgs. n. 33/2013 e successive modifiche ed integrazioni - (202114688).

### IL DIFENSORE CIVICO REGIONALE

**VISTA** la legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni ed integrazioni ed in particolare il capo V, contenente disposizioni sull'accesso ai documenti amministrativi (cosiddetto accesso documentale);

**VISTO** il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e successive modificazioni ed integrazioni, contenente il “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni”;

**VISTO** in particolare l'art. 5, comma 2, del citato D.Lgs. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. 97/2016, che ha introdotto, accanto all'accesso civico già disciplinato dal medesimo decreto, il c.d. “accesso civico generalizzato” che si sostanzia nel “diritto di chiunque di accedere a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti”;

**CONSIDERATO** che l'accesso civico generalizzato ha lo scopo di “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”;

**VISTA** la nota trasmessa via pec in data 08 gennaio 2021 ed acquisita in data 11 gennaio 2021 al protocollo n. 28, con la quale (**OMISSIS**) ha presentato ricorso al Difensore Civico Regionale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, comma 8 del D.Lgs. n. 33/2013 e successive modifiche ed integrazioni, avverso il diniego, espresso dalla ASL di (**OMISSIS**) con nota prot. 0116675/20 del 9/12/2020, alla seguente documentazione:

- 1) tutti gli atti e documenti relativi a proposte ad iniziativa privata (c.d. project financing) per la realizzazione del nuovo Ospedale di (**OMISSIS**) pervenute alla ASL di (**OMISSIS**) ai sensi dell'art. 183, comma 15 del D.Lgs. 50/2016 a partire dal 1° gennaio 2019, con l'indicazione dei relativi Responsabili del procedimento ad eccezione di quei documenti segnalati nel parere rilasciato dalla Commissione di Accesso agli atti amministrativi che - benché prodromici ad una gara eventuale - siano tali da poter inficiare la successiva gara contenendo informazioni e/o segreti commerciali ed industriali;
- 2) tutti gli atti e documenti formati dalla ASL di (**OMISSIS**) in relazione all'istruttoria svolta a partire dalle proposte di iniziativa privata per la realizzazione del nuovo Ospedale di (**OMISSIS**);



Il Difensore Civico

- 3) tutti gli atti e documenti relativi ad incarichi di consulenza esterni e di supporto ai responsabili del procedimento per la valutazione delle proposte di project financing depositate dai privati;
- 4) il “Dettagliato studio sulla localizzazione del nuovo ospedale” citato dalla scheda allegata alla Deliberazione ASL di (OMISSIS) n. 1722 del 30 novembre 2017, da espletare entro il 31/06/2018;

**RITENUTO** di dover procedere in via preliminare, alla verifica della ammissibilità del ricorso con riferimento all’ambito di competenza di questa Difesa Civica, alla scadenza dei termini e alla mancata presentazione di ricorso al TAR;

**ACCERTATO CHE** sussistono tutti i requisiti di ammissibilità;

**RILEVATO** inoltre che il ricorso è stato regolarmente notificato alla ASL di (OMISSIS);

**RICHIAMAMATA** la sentenza n.10/2020 pubblicata il 02 aprile 2020 con la quale l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sancito che *la disciplina dell’accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all’art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara non ostandovi in senso assoluto l’eccezione del comma 3 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l’art. 53 e con le previsioni della legge n. 241/1990, che non esenta in toto la materia dall’accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell’accesso con le eccezioni relative di cui all’art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.*

**VISTA** la citata nota prot. 0116675/20 del 9/12/2020, con la quale la ASL di (OMISSIS) ha negato l’accesso sostanzialmente per le seguenti motivazioni:

- con riferimento alla documentazione di cui ai punti 1) e 2) l’assenza di una dichiarazione di fattibilità, di una procedura di gara e la necessità di tutela sia di interessi pubblici sottesi alla fase attuale, preliminare a quella di programmazione e di indizione della gara, sia di interessi economici e commerciali del privato proponente si configurano quali elementi ostativi all’accesso ai sensi dell’art. 5bis del D.Lgs. n.33/2013;
- la documentazione di cui al punto 3 è liberamente accessibile sul sito;
- con riferimento alla documentazione di cui al punto 4 si tratta di “ipotesi di proposte di partenariato pubblico privato, ai sensi dell’art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, lo studio sulla localizzazione è rimesso - allo stato attuale - al proponente sulla base degli indirizzi forniti in merito all’individuazione delle aree dal Comune della città di (OMISSIS)”;

**VISTA** la nota prot. n. 10605/21 del 19.01.2021 con la quale la ASL di (OMISSIS) , a seguito della notifica del ricorso, ha confermato le motivazioni del diniego;



Il Difensore Civico

**CONSIDERATO** che con nota prot. 97 AC del 21 gennaio 2021 è stata richiesta alla ASL, a fini istruttori, la deliberazione n. 1722 del 21 gennaio 2021 sospendendo i termini per la decisione per giorni 7 corrispondente al numero di giorni concesso alla ASL per rispondere;

**VALUTATE** le argomentazioni addotte dall'Istante;

**VISTA** la propria precedente decisione n. 24 del 27 ottobre 2020 con la quale questa Difesa Civica si è espressa sulla richiesta di riesame presentata dal medesimo (**OMISSIS**), ai sensi e per gli effetti dell'art. 25, comma 4 della L. 241/90 e successive modifiche ed integrazioni, avverso il diniego espresso dalla stessa ASL di (**OMISSIS**), con nota prot. 80668 del 14.09.2020, ad una richiesta di accesso documentale analoga, per quanto attiene la documentazione di cui ai punti 1 e 4, a quella oggetto dell'odierno esame;

**RILEVATO CHE** nella precedente decisione questa Difesa civica aveva già avuto modo di osservare, appunto con riferimento alla documentazione di cui al punto 1 e al punto 4, quanto segue:

- *“i documenti richiesti appaiono intrinsecamente collegati alla procedura alla quale sono funzionalmente connessi e, dunque, appaiono a giudizio di questo Difensore suscettibili di ostensione, dovendo solo valutarsi al riguardo una possibile preclusione derivante da eventuali esigenze di riservatezza commerciale ed industriale. Ne deriva che, nel necessario contemperamento tra i vari diritti in gioco, gli impedimenti all'ostensione di documenti per ragioni di segretezza e/o riservatezza devono essere specificamente individuati e motivati dall'Ente, anche in riferimento alla documentazione concernente lo studio sulla localizzazione del nuovo ospedale, ove esistente ed in possesso della ASL”;*
- *va dunque consentita l'ostensione di quanto richiesto con la sola esclusione degli atti e documenti la cui conoscenza apporti un dimostrato (o almeno ragionevolmente ipotizzabile) e concreto vulnus a segreti commerciali o industriali;*

**VALUTATO**, con riferimento a ciascun tipo di documentazione ed alle argomentazioni del Ricorrente quanto segue:

- Atti e documenti di cui al punto 1: non può che confermarsi in linea generale ed astratta la posizione già espressa in ordine alla ostensibilità dei documenti di project financing nei limiti indicati nella richiamata decisione n. 24 del 27 ottobre 2020. Va evidenziato che nell'ambito del procedimento che ha condotto alla decisione n. 24 del 27 ottobre 2020, è stata acquisita la nota del 14 settembre 2020 con la quale la ASL aveva motivato il rigetto dell'istanza di accesso documentale deducendo, in sostanza, per un verso la carenza di interesse giuridicamente qualificato in capo al richiedente, e sotto altro profilo, contestando la natura amministrativa dei documenti oggetto della richiesta di accesso. Nel caso di specie, va posto in rilievo che la ASL ha evidenziato - a sostegno del diniego espresso - che trattasi di atti (si presuppone tutti, anche in ragione della generalità della richiesta) concernenti proposte di partenariato pubblico privato ex art. 183, comma 15 del D.Lgs. n. 50/2016 *“sottoposte alla valutazione dell'Amministrazione non dichiarate fattibili né tantomeno inserite negli strumenti*



Il Difensore Civico

*di programmazione*” non ostensibili ai sensi dell’art. 5 bis del D.Lgs. n. 33/2013 (solo temporalmente, in questa fase preliminare della procedura) in quanto sussiste la necessità, di tutelare sia interessi economici e commerciali del privato proponente sia interessi pubblici connessi alla programmazione e indizione della gara, in linea, peraltro, con la formulazione dell’istanza di accesso. Il Ricorrente osserva che il totale diniego espresso dalla ASL di (OMISSIS) appare illegittimo in quanto “*non viene nemmeno esplicitato il numero dei progetti depositati né il periodo temporale*”. Tale affermazione non appare coerente con il tenore della richiesta di accesso che in nessun punto rappresenta l’esigenza di conoscere questa informazione. Le argomentazioni esplicitate dalla ASL con riferimento alla legge 241/1990 appaiono, a differenza di quanto sostenuto dal Ricorrente pertinenti, in quanto connesse ad una lettura coordinata delle norme ed estrapolate dalle giurisprudenza citata a margine. La locuzione “*sottoposte alla valutazione dell’Amministrazione non dichiarate fattibili né tantomeno inserite negli strumenti di programmazione*” utilizzata dalla ASL, a parere di questa Difesa Civica sta a significare che la fase valutativa è ancora in corso. Al contrario, il Ricorrente sembra interpretare che le proposte siano state valutate “non fattibili”. L’omessa comunicazione ai controinteressati appare, nel caso di specie, un mero formalismo stante le motivazioni del diniego. L’obbligo di comunicazione di cui al comma 5, dell’art. 5 del D.Lgs. 33/2013 è, infatti, posto ad esclusivo interesse del controinteressato e non può essere fatto valere dal ricorrente come vizio di procedura.

- Atti e documenti di cui al punto 2: in quanto concernente l’istruttoria delle proposte non vivono di propria autonomia e seguono, quindi, le sorti delle proposte stesse;
- Atti e documenti di cui al punto 3: a differenza di quanto sostenuto dal Ricorrente sono effettivamente consultabili sul sito istituzionale della ASL al link fornito dalla stessa Azienda utilizzando l’apposita funzione di ricerca. Tale circostanza è stata verificata dall’Ufficio; risultano pubblicate le seguenti deliberazioni: n. 764 e n. 765 del 03/05/2019 e n. 1331 e 1332 del 11/09/2020;
- Il Dettagliato studio sulla localizzazione del nuovo ospedale: è stata acquisita a tal fine la nota prot. 15488 del 26 gennaio 2021 con la quale la ASL di (OMISSIS) in riscontro alla sopra richiamata nota di questa Difesa Civica del 21 gennaio 2021, ha trasmesso (per mero errore materiale) la deliberazione n. 1380 del 30/11/2016 con la quale è stato approvato il piano strategico aziendale 2017-2019 anziché la n. 1722 del 30 novembre 2017 richiesta da questa Difesa Civica fornendo, comunque, i chiarimenti che seguono utili all’inquadramento della questione:
  - a) tutti gli atti di programmazione strategica - gestionale sono pubblicati sul sito;
  - b) gli interventi descritti nelle schede sono suscettibili di modifica e aggiornamenti, pertanto le schede assumono un carattere esclusivamente programmatorio e non definitivo;
  - c) negli strumenti di programmazione successivi, in relazione all’intervento per la realizzazione del nuovo Ospedale, **sono state contemplate fino al 2018 due opzioni ovvero sia la realizzazione ad iniziativa pubblica che quella ad**



Il Difensore Civico

**iniziativa privata**: tali modalità si differenziano sotto molteplici aspetti, primo fra i quali il soggetto che redige lo studio di fattibilità (rispettivamente pubblico nella prima e privato nella seconda modalità) ed i singoli documenti che lo compongono. **In sede di aggiornamento degli strumenti di programmazione 2019/2021**, è stata contemplata, allo stato **solo l'iniziativa privata**.

E' stata acquisita direttamente dal sito della ASL la deliberazione n. 1722 del 30 novembre 2017 concernente l'approvazione degli strumenti di programmazione 2018-2020 tra cui il piano strategico aziendale 2018-2020. Dalla consultazione degli atti di programmazione strategica ed in particolare della scheda 1 relativa alla costruzione del nuovo Ospedale e dai chiarimenti forniti dalla ASL emerge che il "***Dettagliato studio sulla localizzazione del nuovo Ospedale***" costituisce, secondo una programmazione che viene aggiornata annualmente, una delle fasi per la realizzazione dell'Ospedale connessa evidentemente allo studio di fattibilità che, nel caso di specie, non risulta realizzato dalla ASL ma dal privato proponente. Ai fini dell'accesso non può, pertanto, che seguire le stesse sorti della proposta progettuale.

**ACCERTATO**, in conclusione, che le motivazioni afferenti il diniego espresso dalla ASL, oggi compiutamente articolato in riferimento ai rilievi sopra esaminati, sono coerenti con le disposizioni di legge applicabili al caso in esame e con lo stato della procedura alla quale la documentazione oggetto di accesso civico si riferisce;

*Tutto ciò premesso*

**DECIDE**

- il ricorso avverso il denegato accesso civico presentato (**OMISSIS**), volto ad ottenere copia della documentazione specificata in premessa è **respinto**;
- la presente Decisione è comunicata all'Istante e alla ASL di (**OMISSIS**).

Il Difensore Civico Regionale  
**Avv. Fabrizio Di Carlo**

Copia informale, in versione informatica, di documento originale cartaceo, ai sensi degli artt. 22 e 40 del D.Lgs. n. 82/2005. Accesso agli atti consentito in conformità al Capo V artt. 22-28 della Legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m. e i.