

Publicato il 27/02/2021

N. 00355/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01242/2020 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 per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1242 del 2020, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Emilio Vito Poli e -OMISSIS-, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emilio Vito Poli in Bari, via Dante Alighieri, n.193;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziale Policlinico di Bari non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- dell'atto soprassessorio di cui al messaggio di posta elettronica certificata in data 29.9.2020 dell'Ufficio relazioni con il pubblico, relativo a istanza di accesso civico del 26.8.2020, riguardante istituzione di nuova struttura complessa e relativi atti;

per l'emanazione

- dell'ordine di consegna della documentazione richiesta con l'istanza suddetta,

nonché per la declaratoria di illegittimità,

- ove occorra, del silenzio tenuto sulla medesima istanza, con le conseguenze di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2021 la dott.ssa Desirée Zonno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Esponde in fatto l'odierno ricorrente che, con istanza di accesso civico generalizzato, ai sensi del D.Lgs. n.33/2013, presentata in data 26.8.2020, ha chiesto all'Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziale Policlinico di Bari di poter ricevere copia di alcuni atti e delibere riferiti alla creazione ed al funzionamento dell'unità operativa complessa (UOC) "Medicina interna e geriatria Frugoni".

Chiarisce, altresì, d'aver avanzato nel contempo ulteriori tre istanze "su altre e diverse attività amministrative" realizzate dalla stessa Azienda.

Il 29.9.2020, a mezzo PEC proveniente dall'indirizzo urp.policlinico.bari@pec.rupar.puglia.it, il ricorrente ha ricevuto una comunicazione del seguente tenore: *"Buongiorno, con riferimento alle sue istanze come in oggetto indicate, richieste il 26.08 u.s., in considerazione della complessità e della mole dei documenti richiesti, nonché degli uffici e delle Unità Operative aziendali interessate nelle procedure, si comunica che questa Azienda si vede costretta a prorogarne i tempi di consegna, in quanto sta provvedendo alla raccolta della documentazione. Provvederemo all'invio non appena tale attività sarà completata. Distinti saluti."*

Si duole della mancata esibizione degli atti richiesti, articolando il ricorso su due profili: in via principale censura la risposta ricevuta dall'Azienda in data 29.9.2020, lamentandone la natura soprassessoria; in via subordinata, ravvisando, in alternativa, gli estremi per qualificare come silente il

comportamento dell'Amministrazione, lo contesta, sia quale silenzio-rigetto, sia quale silenzio-inadempimento, in tale ultima ipotesi, reclamando l'adozione di un provvedimento espresso, ai sensi dell'art. 117 c.p.a.

Con memoria depositata il 10.1.2021, il ricorrente ha, poi, specificato che per le ulteriori tre istanze l'Azienda ha provveduto all'ostensione dei documenti richiesti, mentre nulla è stato esibito quanto a quella oggetto del contendere ed ha, pertanto, insistito per l'accoglimento del ricorso, illustrando il contenuto dei documenti richiesti, alcuni dei quali richiamati negli atti depositati dallo stesso ricorrente nell'odierno fascicolo processuale in data 30.12.2020.

Nella mancata costituzione dell'Azienda ospedaliera, all'udienza camerale del 27.1.2021, la causa è stata trattenuta in decisione, sulla scorta delle note d'udienza di parte ricorrente, depositate il 24.1.2021 ex art.4, co.1, D.L. n.28/2020, nonché ex D.L. n. 137/2020.

Il ricorso è in parte inammissibile ed in parte fondato per come precitato in motivazione.

Con il primo motivo, sul presupposto che la comunicazione del 29.9.2020 ricevuta via PEC sia qualificabile quale determinazione dell'Ente e che, nello specifico, questa contenga un immotivato differimento e sia, per ciò, un atto soprassessorio, il ricorrente si duole della sua illegittimità ai sensi dell'art.2 L. n.241/1990 e degli artt.5 co.6 e 5 bis D.Lgs. n.33/2013.

In particolare, il differimento sine die non rispetterebbe l'obbligo di concludere il procedimento con provvedimento espresso e motivato ex art.2 L. n.241/1990 ed ancor più non rispetterebbe la normativa in materia di accesso civico, contenuta nel D.Lgs. n.33/2013.

Infatti, all'art.5 bis cit. il Legislatore indica le sole ipotesi nelle quali, ai sensi dell'art.5 co.6 D.Lgs. n.33/2013, sia possibile "il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso", lamentando il ricorrente che tra quelle espressamente (e tassativamente) indicate nella predetta disposizione non rientrerebbe la circostanza addotta dall'Amministrazione, rappresentata dalla

cospicuità della documentazione richiesta e, dunque, dalle difficoltà organizzative. Inoltre, il differimento sine die dello stesso sarebbe per ciò solo illegittimo, ponendosi in contrasto con il predetto art. 2 L.n.241/1990.

La censura è inammissibile.

Il motivo di ricorso si fonda sull'assunto che la comunicazione trasmessa con PEC del 29.9.2020 possa qualificarsi quale determinazione formale dell'Amministrazione sulla richiesta formulata ed in particolare quale atto sostanzialmente soprassessorio.

Tale assunto, tuttavia, muove da un erroneo presupposto, rappresentato dalla qualificazione della comunicazione ricevuta via PEC.

Di essa, infatti, non è predicabile in alcun modo la natura di "atto amministrativo" e, pertanto, di determinazione sull'istanza di accesso, valendo, piuttosto, quale mera comunicazione di cortesia, inviata dall'Azienda. Convince nel senso indicato la circostanza che la predetta comunicazione non rechi la firma (neppure digitale) né indichi il funzionario cui essa sia imputabile né l'organo amministrativo che l'avrebbe adottata.

Corroborata tale considerazione il fatto che la nota non rechi un numero di protocollo identificativo, elemento che accompagna gli atti dell'Amministrazione.

Depongono per tale conclusione anche l'incipit e la chiosa della comunicazione ("*Buongiorno....Distinti saluti*"), estranei alle caratteristiche formali degli atti amministrativi e propri, invece, delle interlocuzioni informali.

Sulla scorta di tali caratteri, non può riconoscersi alla comunicazione impugnata alcun valore "attizio" (e men che meno provvedimento), con la conseguenza che la doglianza che ne contesta il contenuto va considerata inammissibile, in quanto non rivolta avverso una determinazione dell'Amministrazione (provvedimentale o soprassessoria), in realtà, non sussistente.

Deve, dunque, concludersi, che l'Azienda – al di là della predetta comunicazione di cortesia, priva di alcun valore formale - sia rimasta silente in ordine all'istanza di accesso proposta dall'odierno ricorrente.

Il ricorso, in parte qua, presenta, peraltro, un ulteriore profilo di inammissibilità.

Esso, infatti, mira ad ottenere l'accesso ai seguenti atti, puntualmente indicati nell'istanza depositata il 26.8.2020:

“1) protocollo di intesa in data 11 aprile 2018 tra Regione Puglia, Università degli Studi A. Moro di Bari e Università degli Studi di Foggia, limitatamente alla parte- che comunque dovrà indicarsi - in cui lo stesso protocollo prevedeva l'annessione dell'unità operativa complessa di geriatria dell'Ospedale Policlinico di Bari a quella di medicina interna Frugoni dello stesso Ospedale, entrambe a direzione universitaria;

2) provvedimento con il quale si revocava la successiva delibera Aziendale n.1138 del 1° agosto

2019 recante approvazione del piano triennale del fabbisogno per il triennio 2018-2020 di codesta

Azienda, per la parte in cui (allegato n.2) individuava come tra loro distinte, separate e ciascuna munita di proprio personale, le due anzidette unità operative complesse;

3) atto esprimente l'intesa raggiunta ai sensi dell'art.3, comma 3, d.lgs. n.517/1999 tra Università

A. Moro di Bari e Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziale Policlinico di Bari in merito alla modifica del vigente atto Aziendale attuata con la precitata delibera Aziendale n.1378/2018

(istitutiva- come detto- dell'unità operativa complessa a direzione universitaria "Medicina interna e geriatria Frugoni");

4) atto esprimente l'intesa raggiunta tra le Amministrazioni suddette ai sensi dell'art.8, comma

5, d.lgs. n.517/1999 in merito al conferimento dell'incarico di direttore dell'unità operativa complessa "Medicina interna e geriatria Frugoni", di nuova istituzione, al Prof. Carlo -OMISSIS- disposto con la ridetta delibera Aziendale n.1378/2018;

5) atto con il quale si decideva di non espletare, ai fini dell'assegnazione dell'incarico di cui sopra, la procedura selettiva prevista dal regolamento Università - Azienda del 5 maggio 2015, come riformulato con deliberazione Aziendale n.1532 del 3 ottobre 2017, e dall'art.8 del regolamento Regione Puglia n.24 del 3 dicembre 2013;

6) in quanto il detto incarico veniva conferito a tempo indeterminato, l'atto con il quale si decideva di derogare all'art.9 del citato regolamento Università-Azienda, che per tal genere di incarichi prevede invece una durata non superiore a cinque anni;

7) atto con il quale si decideva di derogare al divieto di incarichi a tempo indeterminato (art.15-ter, comma 2, d.lgs n.502/1992, aggiunto con l'art.4 del d.L. 13.9.2012 n.158, convertito nella

L.8.11.2012 n.189) quando veniva conferito al Prof. -OMISSIS- senza limiti di durata il pregresso incarico di direttore dell'unità operativa "Frugoni";

8) atto con il quale si decideva di derogare ai limiti temporali previsti per gli incarichi provvisori

dall'art.9 del citato regolamento Azienda-Università nella sua prima e seconda stesura, consentendosi che l'incarico di direttore ad interim dell'unità operativa complessa di geriatria, altresì a suo tempo conferito al Prof. -OMISSIS-, avesse durata complessiva di poco inferiore a sei anni;

9) provvedimenti con i quali venivano modificati i compiti di natura prettamente medico-assistenziale spettanti, in base agli originari atti di nomina, ai Docenti di medicina in servizio presso l'unità operativa complessa "Medicina interna e geriatria Frugoni";

10) provvedimenti con i quali veniva rideterminato - incrementandolo o diminuendolo - il c.d.

"orario assistenziale" dei Docenti suddetti, e cioè il numero di ore lavorative da dedicarsi in via esclusiva all'attività medica;

11) elenco completo dei medici in servizio presso l'unità operativa complessa "Medicina interna e geriatria Frugoni", con indicazione:

-delle qualifiche rivestite e del regime di impiego a tempo pieno o definito da essi scelto;

- dei provvedimenti con i quali tal uni dei precitati medici venivano esonerati dall'espletamento di

"turni di guardia" o altri compiti medici inerenti la funzione;

12) numero complessivo di "posti letto" (ovverosia numero di possibili ricoveri in regime ordinario) assegnati all'unità operativa in questione, nonché ambulatori istituiti e operativi presso la stessa unità operativa.”

Dall'indicazione dei documenti richiesti emerge che essi riguardano, almeno in parte, soggetti terzi (il medico cui è stato conferito l'incarico apicale dell'UOC accorpata, nonché i medici facenti parte della struttura) e dati ed informazioni ad essi riferibili.

Nessuno di essi risulta evocato in giudizio, pur essendo, per le ragioni appena indicate indubitabile la natura di controinteressati.

Il ricorso è, pertanto, sotto tale aspetto inammissibile – quantomeno in parte qua – per difetto di corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti di almeno uno dei controinteressati.

Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente:

-premette che l'atto del 29.9.2020, pur disponendo il differimento (sine die) dell'accesso, non manifesta alcuna contrarietà allo stesso, sicchè varrebbe quale riconoscimento della fondatezza pretesa fatta valere ed il suo annullamento dovrebbe comportare l'ordine di esibizione dei documenti richiesti;

- nell'ipotesi in cui, invece, possa ravvisarsi il caso di formazione del silenzio-rigetto (impropriamente definito dal ricorrente "silenzio-rifiuto", locuzione che, invece, è omologa al silenzio-inadempimento) ovvero quella di silenzio-inadempimento, propone due domande alternative.

In primo luogo, prospetta la equiparazione normativa tra il silenzio sulle istanze di accesso civico e quello sulle istanze di accesso documentale (ex artt. 22 e ss. L.n.241/1990), così qualificando il silenzio maturato quale silenzio-rigetto (ossia diniego dell'istanza di accesso), come tale ricorribile ex art. 116 c.p.a.

Fonda la proposta omologia sui principi affermati nella decisione dell'A.P. n. 10/2020.

Conclude, quindi, per l'annullamento dell'atto tacito di diniego, con conseguente ordine di ostensione della documentazione richiesta.

In via ulteriormente subordinata poi, con riferimento alla seconda ipotesi, ovvero qualora si ritenga essere in presenza di un'ipotesi di silenzio-inadempimento, chiede che si ordini all'Amministrazione di provvedere ex art.117 c.p.a. e, altresì, che si valuti e si decida sulla fondatezza della pretesa ex art.31 co.3 c.p.a.

La doglianza, nella parte in cui prospetta la qualificazione del comportamento silente dell'Azienda come tacito atto di diniego, è parimenti inammissibile.

La tesi prospettata muove, infatti, dall'assunto che il silenzio dell'Amministrazione serbato in materia di accesso civico possa valere quale silenzio-rigetto.

Tale assunto è, tuttavia, destituito di fondamento.

Manca, infatti, nella disciplina contenuta nel D.Lgs. n.33/2013 una disposizione che, al pari di quanto avviene per l'accesso documentale (art. 25, co 4, L. n.241/1990: "Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta"), qualifichi il silenzio serbato quale atto tacito di diniego, come tale ricorribile dinanzi al Giudice amministrativo.

Il silenzio in materia di accesso civico, pertanto, non può che valere quale silenzio-rifiuto di provvedere.

In tal senso si è già pronunciata la giurisprudenza chiarendo che: “con riguardo all'accesso civico generalizzato di cui al decreto legislativo n. 33 del 2013 non sono ipotizzabili, al pari dell'accesso documentale di cui alla legge n. 241 del 1990, provvedimenti di silenzio rigetto. Dinanzi al silenzio serbato dall'amministrazione l'interessato può coltivare due strade: a) attivare la speciale tutela amministrativa davanti al responsabile prevenzione, corruzione e trasparenza (proprio al fine di ottenere un provvedimento espresso); b) attivare la speciale procedura giurisdizionale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. onde far accertare l'illegittimità del silenzio e dunque per ottenere una condanna al rilascio di un provvedimento espresso” (Tar Firenze , sez. II , n. 1421/2019 e Tar Roma, sez. III, n.10620/2019).

Il ricorso presenta profili di fondatezza, invece, nella parte in cui, (correttamente) qualificato il silenzio quale inadempimento dell'obbligo di provvedere in modo espresso, testualmente previsto dall'art. 5 D.Lgs. n. 33/2013, reclama l'adozione di un provvedimento espresso, azionando il rito ex art. 117 c.p.a.

Premesso, infatti, che la comunicazione del 29.9.2020 non abbia altro valore se non quello di una interlocuzione informale, non può che concludersi che il silenzio serbato deroga all'imposto obbligo di determinarsi in modo esplicito sulla richiesta dell'istante.

Non può, invece, accedersi alla domanda di pronunciare sulla fondatezza della pretesa, residuando, in capo all'Azienda, margini di discrezionalità in ordine alle proprie determinazioni.

Ciò sia sotto il profilo del corretto bilanciamento della riservatezza dei controinteressati (che non risulta siano stati ancora interpellati in merito) con la reclamata ostensione, sia sotto il profilo della puntuale individuazione dei documenti che l'Azienda è tenuta (e non solo facoltizzata, per spirito collaborativo) ad esibire: non sfugge, infatti, al Collegio che alcuni degli atti

richiesti non sono imputabili all'Azienda, sicchè resterebbe da verificare di quali di essi quest'ultima ne abbia la detenzione, con conseguente obbligo di esibizione.

Per le ragioni suesposte va adottata la pronuncia indicata in dispositivo.

Le spese, in ragione della marginale fondatezza della domanda accolta rispetto al complessivo impianto del ricorso, vengono integralmente compensate, anche in considerazione della mancata indicazione dell'interesse che ha mosso il ricorrente alla richiesta esibizione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei limiti indicati in motivazione, e, per l'effetto, ordina all'Amministrazione di provvedere sull'istanza di accesso civico generalizzato del ricorrente del 26.8.2020, relativa alla creazione ed al funzionamento dell'unità operativa complessa (UOC) "Medicina interna e geriatria Frugoni", nel termine di giorni 30 (trenta) dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione a cura di parte, se anteriore.

Dichiara inammissibile per la restante parte.

Spese integralmente compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirèe Zonno, Consigliere, Estensore

Angelo Fanizza, Consigliere

L'ESTENSORE
Desirèe Zonno

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO