

Prot. n. 124872/05.10/2018
Struttura EA3
PEC

Torino, 6 novembre 2018

Alla Cortese Attenzione della
Sig.ra Angela Maria Rosolen
Lungo Dora Firenze, 151
10153 – Torino
mariangela.rosolen@pec.it

Alla Cortese Attenzione del
Difensore Civico regionale
Avv. Augusto Fierro
c/o Consiglio Regionale
del Piemonte
Piazza Solferino, 22
10121 – Torino
difensore.civico@cert.cr.piemonte.it

E p.c. All'Ufficio Relazioni con il Pubblico
Città metropolitana di Torino
c.a. Sig.ra Anna La Mura
C.so Inghilterra, 7
10138 – Torino

Oggetto: Ricorso per il riesame di determinazione di diniego parziale di accesso civico generalizzato ai sensi dell'art. 5, comma 8, del D.Lgs. n. 33/2013 e s.m.i. - Nota del Difensore Civico regionale prot. n. 1.10.7.3/45 dell'11/10/2018 - Conferma del diniego parziale.

In relazione alla questione in oggetto, per quanto concerne il ricorso presentato dalla Sig.ra Angela Maria Rosolen ai fini del riesame della determinazione di diniego parziale dell'accesso civico generalizzato "agli atti preparatori, attuativi e transattivi inerenti i contratti di finanza derivata (swap) stipulati tra la Città metropolitana di Torino e le Società Merrill Lynch", espressa dalla scrivente amministrazione con nota prot. n. 93886 in data 7/8/2018, e la decisione del Difensore Civico regionale, Avv. Augusto Fierro, di accoglimento del ricorso, con la presente si procede, entro il termine previsto dalla normativa vigente, a confermare il diniego parziale per le motivazioni che di seguito vengono esposte.

Con nota prot. n. 1.10.7.3/45 dell'11/10/2018 citata in oggetto, il Difensore Civico regionale ha ritenuto che il diniego parziale posto in essere dall'amministrazione in relazione all'accesso civico generalizzato alla documentazione, presentato dalla Sig.ra Rosolen e inerente l'accordo transattivo concluso con le Società Merrill Lynch nell'ambito dei contratti di finanza derivata con le stesse stipulati, sia affetto da profili di illegittimità, in quanto l'amministrazione si sarebbe limitata a prefigurare il rischio di un pregiudizio in via generica ed astratta, ed inoltre non sarebbe tutelabile, e quindi opponibile ai terzi aventi diritto, la clausola di riservatezza inserita nell'accordo transattivo, richiamando in tal senso una pronuncia della giurisprudenza amministrativa (TAR Piemonte, Sez. I, n. 932/2014).

Occorre, in argomento, in via preliminare, far riferimento brevemente alla disciplina dell'accesso civico generalizzato.

Come è noto, la nuova tipologia di accesso in parola si traduce in sostanza in un diritto di accesso non condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti ed avente ad oggetto tutti i dati e i documenti e informazioni detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli per i quali è stabilito un obbligo di pubblicazione; e ciò al fine 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 (art. 5, comma 2, del c.d. "Decreto trasparenza", D.Lgs. n. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016).

Tuttavia, la regola della generale accessibilità è temperata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni, con riguardo alle quali il legislatore non opera una generale e preventiva individuazione di esclusioni all'accesso generalizzato, ma rinvia a una attività valutativa che deve essere effettuata dalle amministrazioni con la tecnica del bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico alla disclosure generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento (in tal senso, v. la Deliberazione dell'ANAC n. 1309 del 28 dicembre 2016, contenente le "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.Lgs. 33/2013").

In particolare, ciò che con riguardo alla fattispecie in esame viene in rilievo è il limite relativo alla tutela di interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali; cioè, il diritto di accesso generalizzato subisce una limitazione se ciò è necessario per evitare un pregiudizio a tali interessi: occorre quindi una valutazione in concreto il cui contenuto, peraltro, è stato ben delineato dall'ANAC nelle Linee Guida sopra citate e che impone all'amministrazione, nell'ordine: 1) di identificare e "misurare" la concretezza del pregiudizio derivante dall'ostensione dei dati e dei

documenti, anche in termini di probabilità che il danno si verifichi e di severità dello stesso; 2) identificare e “misurare” l’interesse pubblico alla disclosure generalizzata richiesta; 3) di procedere al bilanciamento fra rischi (pregiudizio generato dall’accesso) e opportunità (interesse pubblico alla disclosure).

Nel caso di specie, come già specificato dal Difensore Civico nella nota richiamata in oggetto, l’amministrazione scrivente aveva già provveduto in data 23/07/2018 a trasmettere alla Sig.ra Rosolen i documenti richiesti contenenti, tuttavia, alcuni omissis, decidendo pertanto di procedere attraverso un accoglimento parziale della richiesta di accesso, al fine del necessario bilanciamento degli interessi privati di natura economico-commerciale dei controinteressati, operato preventivamente dalla stessa amministrazione e accettato attraverso la sottoscrizione, nell’ambito dell’Accordo transattivo oggetto di accesso, di apposita clausola di riservatezza fra le parti.

Ferma, cioè, la disciplina sopra richiamata in tema di accesso civico generalizzato, per la quale la generale accessibilità può talvolta essere limitata dalla tutela di interessi pubblici e privati, l’amministrazione scrivente, nell’ambito della propria autonomia privata finalizzata al miglior perseguimento dell’interesse pubblico, aveva già proceduto nel bilanciamento degli interessi contrapposti, come richiesto dalle stesse Linee Guida dell’ANAC, in fase di sottoscrizione dell’Accordo transattivo; ed infatti la stessa – in conformità a quanto previsto dall’art. 5, comma 2, del D.lgs. n. 33/2013 in tema di limiti all’accesso generalizzato - aveva preventivamente valutato che l’accettazione della clausola di riservatezza, richiesta dalla controparte come condizione necessaria alla stessa sottoscrizione dell’accordo per evidenti ragioni di carattere commerciale (la non divulgazione di un accordo, favorevole per l’amministrazione, che, presumibilmente, avrebbe indotto altri soggetti a pretendere il medesimo trattamento, con probabile danno in termini di competitività in capo alla controparte medesima), avrebbe sì, forse in parte, “sacrificato” l’interesse pubblico alla totale accessibilità della documentazione in parola, ma esclusivamente al fine di ottenere un accordo il più vantaggioso possibile per l’amministrazione, e quindi in tal modo privilegiando nel bilanciamento l’interesse pubblico ad una più vantaggiosa contrattazione.

Peraltro, proprio in merito alle condizioni di legittimità di eventuali accordi convenzionali di reciproca riservatezza intercorsi fra amministrazione e soggetto controinteressato, a fronte della pronuncia del TAR Piemonte, Sez. I, n. 932/2014, richiamata dal Difensore Civico nella nota predetta, secondo la quale tali accordi, nella misura in cui producono l’effetto di impedire l’esercizio di un diritto soggettivo normativamente previsto e di rilievo pubblicistico, quale il diritto di accesso, avrebbero oggetto illecito perchè contrario a norme imperative, è necessario, in questa sede, richiamare altresì la più recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1213, del 17/03/2017, che, pur relativa a fattispecie concreta diversa da quella in oggetto, pone un principio di diritto generale in relazione alla legittimità di eventuali clausole di riservatezza differente da

quello affermato dal TAR Piemonte.

In particolare, infatti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che non v'è dubbio che, dal punto di vista giuridico, la clausola di riservatezza, pattuita fra le parti dell'accordo, vincoli le stesse, sempre che la clausola medesima non si ponga in contrasto con norme imperative; e, proprio sul punto, il Consiglio di Stato afferma che l'esigenza di riservatezza delle imprese in ordine all'interesse commerciale è idonea, in astratto, a giustificare esclusioni o limitazioni del diritto di accesso, e deve trattarsi di esigenza oggettivamente apprezzabile, lecita e meritevole di tutela in quanto collegata a potenziali pregiudizi derivanti dalla divulgazione, secondo un nesso di proporzionalità.

A parere del Consiglio di Stato, quindi, "non v'è una norma che direttamente o indirettamente vieti, chiaramente e nettamente, la stipula di accordi di riservatezza in relazione agli interessi commerciali di un'impresa"; fatto salvo un controllo di meritevolezza avuto riguardo all'interesse al buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione.

Nel caso di specie preso in esame dalla decisione in commento, l'amministrazione, nelle sue difese, ha chiarito di aver prestato il consenso alla clausola poiché la riservatezza degli esiti della negoziazione sarebbe stata utile all'ottenimento di risparmi (nell'ambito del procedimento di negoziazione per la fissazione del prezzo dei farmaci coperti da brevetto); in tal senso, il Consiglio di Stato ritiene che tale affermazione sia sorretta da argomentazioni plausibili e comunque sufficienti a sorreggere un giudizio di meritevolezza della causa: "l'apposizione della clausola di riservatezza operante nei rapporti tra imprese consente invece al negoziatore pubblico di tenere celati i risultati economici raggiunti nella negoziazione – che ovviamente rimangono sempre utilizzabili quale parametro interno – e di "spuntare" tutti gli sconti che il produttore sia oggettivamente e soggettivamente in grado di concedere in base ai suoi costi ed alle sue aspettative di profitto".

Pur nella diversità delle due fattispecie in concreto, non v'è dubbio che la clausola di riservatezza apposta nell'Accordo transattivo oggetto della richiesta di accesso della Sig.ra Rosolen abbia identiche ratio e funzione rispetto a quella oggetto della più recente pronuncia del Consiglio di Stato, le quali, come già specificato, si sono sostanziate nello "spuntare" condizioni il più vantaggiose possibile nell'ambito della transazione in corso; condizioni che non si sarebbero ottenute se l'amministrazione avesse rifiutato di sottoscrivere la clausola di riservatezza, peraltro in astratto legittimata, come già precisato, da tutta la normativa in materia di accesso (documentale e civico generalizzato) che prevede il limite della tutela degli interessi economici e commerciali, in attuazione del bilanciamento fra interesse all'ostensione e interesse alla riservatezza, e al fine del miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Alla luce di quanto finora esposto, pertanto, non può non evidenziarsi, altresì, che la necessità di confermare il diniego parziale nell'ambito del procedimento in oggetto derivi anche dall'esigenza di tenere indenne l'amministrazione scrivente da una significativa azione di danni che verrebbe senz'altro promossa nei suoi confronti dalla controparte nell'ipotesi in cui si violasse la clausola di riservatezza inserita nell'accordo, che – come afferma la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato –, una volta apposta, vincola le parti dell'accordo medesimo.

Per le motivazioni sopra specificate, l'amministrazione scrivente, procede quindi, con la presente, a confermare il diniego parziale espresso con propria nota prot. n. 93886 in data 7/8/2018, informando la richiedente l'accesso che avverso tale decisione è possibile ricorrere al Tribunale Amministrativo Regionale nel termine di trenta giorni.

Distinti saluti

Il Responsabile del procedimento
Direttore dell'Area Risorse Finanziarie
Dott. Enrico Miniotti
(*firmato digitalmente*)

Visto
Il Segretario-Direttore Generale
Dott. Mario Spoto
(*firmato digitalmente*)