

N. 00166/2015REG.PROV.COLL.

N. 04690/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4690 del 2014, proposto dalla s.p.a. Azienda Napoletana Mobilità, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via degli Avignonesi, n. 5;

contro

La s.n.c. Gaffoil di Ferrara Assunta & C., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Eduardo Romano ed Antonio Romano, con domicilio eletto presso il signor Ennio Luponio in Roma, piazza Don Minzoni, n. 9;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania – Napoli, Sez. VI, n. 1419/2014, resa tra le parti, concernente l'accesso ai documenti relativi ad una fornitura di gasolio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.n.c. Gaffoil di Ferrara Assunta & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte ed Antonio Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 4681 del 2013, proposto al TAR per la Campania, la s.n.c. Gaffoil chiedeva l'annullamento del provvedimento n. 2101 del 5 agosto 2013, con cui l'Azienda Napoletana Mobilità S.p.A. (d'ora in poi A.N.M.) aveva respinto l'istanza di accesso agli atti, avanzata in data 24 luglio 2013, nonché la declaratoria del diritto della ricorrente ad accedere alla richiesta documentazione amministrativa, con conseguente condanna dell'Azienda intimata. L'originaria ricorrente affermava di essere risultata aggiudicataria di una gara indetta dall'Azienda Napoletana di Mobilità, avente ad oggetto la fornitura di gasolio per autotrazione per il periodo 1° luglio 2012/31 dicembre 2012, commessa poi prorogata – giusta nota n. 5633 del 7 dicembre 2012 – per ulteriori sei mesi a decorrere dal 1° gennaio 2013.

Tale rapporto contrattuale veniva, però, risolto dall'A.N.M. che, con nota n. 5599 del 21 febbraio 2013, contestava alla ricorrente l'inadempimento del contratto, con conseguente interruzione del flusso degli ordini di acquisto pattiziamente convenuto fino al 30 giugno 2013.

2. Il TAR accoglieva il ricorso, ritenendo illegittime le ragioni ostative opposte dall'odierna appellante all'istanza di accesso proposta dall'appellata. In particolare, il primo giudice evidenziava che non appariva corretto fondare il diniego sulla natura giuridica della A.N.M., in quanto la delimitazione della legittimazione passiva al diritto di accesso, fissata gli artt. 22 e 23 l. 241/90, comprende anche i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privati limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, nonché i gestori di servizi pubblici. Inoltre, i documenti richiesti potevano considerarsi alla stregua di 'documenti amministrativi' ai sensi dell'articolo 22, comma 1, lett. d), l. 241/90, trattandosi di atti inerenti in via strumentale all'attività di erogazione del servizio pubblico, nella specie consistente nel trasporto pubblico locale.

Né idonea ragione ostativa a giudizio del TAR poteva rinvenirsi nella circostanza che gli atti di cui si chiedeva l'accesso riguardavano nuovi fornitori, essendo proprio l'estromissione della società ricorrente da siffatte forniture a costituire – nel costrutto giuridico attoreo - la fonte genetica della conseguente obbligazione risarcitoria che graverebbe sull'Azienda intimata.

Allo stesso modo il TAR faceva notare che l'originaria ricorrente vanta un interesse attuale concreto e diretto all'accesso collegato alla tutela dei diritti precedentemente sorti in sede contrattuale.

Inoltre, la ipotizzata irrilevanza istruttoria di tali documenti non poteva essere ragionevolmente affermata, in quanto, a fronte del fatto che l'accesso non deve essere condizionato dalla pendenza di un giudizio, non si può lasciare all'amministrazione il sindacato sull'utilità e sulla efficacia del documento in ordine all'esito della causa.

2. Con atto d'appello notificato il 23 maggio 2014, l'A.N.M. chiede la riforma della sentenza di prime cure per le seguenti ragioni:

a) sarebbe erroneo il riconoscimento della legittimazione passiva del diritto di accesso in capo all'appellante, perché i documenti oggetto di istanza di accesso sarebbero espressione di attività di diritto privato, in relazione alla quale non vi sarebbe alcuna connessione con l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio di trasporto pubblico; né i documenti richiesti sarebbero oggettivamente riconducibili alla nozione di 'documento amministrativo', trattandosi di atti che non

attengono alla gestione diretta del servizio pubblico di trasporto svolto da A.N.M. (mentre, diversamente opinando, ogni documento di una S.p.a. pubblica dovrebbe ritenersi ostensibile, perché collegato ad un'attività latu sensu prodromica all'organizzazione del servizio);

b) avrebbe errato il TAR nel ritenere che l'interesse vantato dall'appellata, inerente alla quantificazione della richiesta risarcitoria, sia idoneo a sorreggere l'istanza di accesso, dal momento che non si fa valere l'interesse alla verifica dell'imparzialità o della trasparenza dell'attività amministrativa;

c) l'amministrazione dovrebbe comunque valutare il collegamento della situazione giuridica da tutelare con il documento del quale è chiesta l'ostensione, mentre nella fattispecie gli ordinativi degli altri fornitori non sarebbero necessari all'appellata per proporre un'eventuale richiesta di risarcimento del danno, poiché quest'ultima, prima della risoluzione del contratto, aveva già fornito per otto mesi il carburante, quindi sulla base di ciò sarebbe stata in grado di quantificare il danno subito.

3. Con atto di costituzione in giudizio del 21 luglio 2014, l'originario ricorrente chiede il rigetto del gravame in esame.

4. Ritiene la Sezione che l'appello non può essere accolto, dovendo trovare conferma la pronuncia di prime cure.

5. Non risultano fondate, infatti, le censure dell'appellante: a) sulla legittimazione passiva all'accesso; b) sulla nozione di 'documento amministrativo'; c) sull'interesse all'accesso; d) sull'utilità ritraibile dall'istante.

6. Quanto al primo aspetto, i legittimati passivi vanno individuati attraverso un'analisi degli artt. 22, comma 1 lett. e), e 23 l. 241/90.

Il primo stabilisce che "Ai fini del presente capo si intende:... e) per "pubblica amministrazione", tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario", il secondo, invece, che "Il diritto di accesso di cui all'articolo 22 si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi. Il diritto di accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24".

Dall'esame delle due disposizioni si evince che la forma privatistica dell'ente pubblico non è di ostacolo al riconoscimento della legittimazione passiva in capo a quest'ultimo (cfr. Cons. St., Ad. Plen. n. 5/2005). Pertanto, una società per azioni interamente partecipata dall'amministrazione comunale, che gestisce il servizio pubblico di trasporto locale nelle forme del fenomeno dell'in house providing, a maggior ragione ricade nell'ambito soggettivo della nozione di pubblica amministrazione tracciata dal citato art. 22 e, al contempo, in quella di soggetti gestori di servizi pubblici di cui all'art. 23, l. 241/90.

Per quanto concerne l'attività rispetto alla quale l'originario istante intendeva accedere, la giurisprudenza di questo Consiglio con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 4/1999 ha chiarito che "la normativa sull'accesso ai documenti amministrativi ha il medesimo ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. e riguarda quindi gli atti dell'Amministrazione in quanto tali, a nulla rilevando, ai fini dell'accesso, la loro disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica e neppure se, nel caso di controversia, vi sia la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa (di legittimità, o esclusiva, o

di merito)”. Pertanto, “anche l’attività degli Enti pubblici economici e dei gestori di pubblici servizi, quando si manifesta nella gestione di interessi pubblici, rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 97 Cost., essendo svolta, pur se sottoposta di regola al diritto comune, oltre che nell’interesse proprio, anche per soddisfare quelli della collettività; pertanto, i relativi atti sono soggetti all’accesso ai sensi dell’art. 23 L. 7 agosto 1990 n. 241”.

Nella fattispecie l’originario ricorrente avanzava richiesta di accesso agli atti della fornitura di gasolio per autotrazione, strumentale ed indispensabile per lo svolgimento del servizio pubblico la cui titolarità è in capo all’odierna appellante. Si tratta, quindi, di atti non solo strettamente inerenti all’esercizio del servizio pubblico affidato all’ANM S.p.a., ma la cui disciplina è rimessa alla legislazione comunitaria e nazionale, sicché non può in alcun modo affermarsi un loro profilo di estraneità all’attività di pubblico interesse demandata all’odierna appellante.

7. Riscontrata la legittimazione passiva dell’odierna appellante, può esaminarsi la riconducibilità degli atti di cui si invocava l’accesso all’interno della nozione di “documento amministrativo”.

La definizione risulta dall’art. 22, comma 1, lett. d), l. 241/90, secondo il quale “1. Ai fini del presente capo si intende:... d) per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”.

La disposizione in questione si riferisce ad una nozione estesa di documento amministrativo, individuando quest’ultimo non soltanto nell’atto prodotto dall’amministrazione, ma anche in quello semplicemente detenuto da quest’ultima, purché faccia riferimento ad un’attività di pubblico interesse. Pertanto, per ‘documento amministrativo’ ai fini dell’accesso si intende una rappresentazione del contenuto di atti nella disponibilità dell’amministrazione, sicché quest’ultima deve essere preesistente all’istanza di accesso, potendo però essere stata formata sia dall’amministrazione che da un soggetto terzo, purché sia correlata ad un’attività di pubblico interesse (in questi termini v. anche l’art. 2, d.P.R. n. 184/2006).

Nella fattispecie in esame, gli atti relativi alla fornitura del combustibile necessario per lo svolgimento del servizio pubblico sono detenuti dall’odierna appellante e fanno riferimento ad un’attività di pubblico interesse, sicché si ravvisa con quest’ultimo un nesso di diretta strumentalità (cfr. Cons. St., Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5572).

Anche sotto questo profilo, pertanto, non può che convenirsi con quanto sostenuto dal giudice di prime cure.

8. Ulteriori critiche sono state portate alla sentenza impugnata, nella parte in cui ha riconosciuto l’interesse all’accesso dell’odierna appellata.

Anche per quest’aspetto, però, le censure sono infondate.

L’interesse all’accesso, infatti, è definito dall’art. 2, comma 1, d.P.R. n. 184/2006 come “un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l’accesso”.

Pertanto, benché il ‘diritto’ di accesso sia un’autonoma posizione giuridica soggettiva, il suo esercizio non è consentito per finalità di mero controllo della legalità dell’attività amministrativa.

L'istanza di accesso deve essere sorretta da un interesse giuridicamente rilevante, così inteso come un qualsiasi interesse che sia serio, effettivo, autonomo, non emulativo, non ridicibile a mera curiosità e ricollegabile all'istante da uno specifico nesso (cfr. da ultimo Cons. St., Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1768; Id., 29 gennaio 2014, n. 461).

Nella fattispecie l'odierna appellata motivava la propria istanza di accesso in ragione della tutela dei diritti sorti nell'ambito del pregresso rapporto contrattuale, risolto dall'Azienda appellante, in questi termini palesando la presenza di un interesse diretto, concreto ed attuale al soddisfacimento dell'istanza di ostensione degli atti presentata.

Il rilievo dell'interesse alla tutela giurisdizionale, inoltre, per la pacifica giurisprudenza prevale su quello alla riservatezza dei terzi fornitori.

9. Un ultimo aspetto è quello che riguarda l'utilità ritraibile dall'odierna appellata, che secondo la società appellante non necessiterebbe della documentazione richiesta per avanzare future pretese risarcitorie in sede giurisdizionale, ben potendo quantificare il danno subito in ragione delle 'voci' che avevano caratterizzato il proprio rapporto contrattuale risolto.

Questa tesi non può, però, essere condivisa, poiché l'amministrazione (o il soggetto ad essa equiparato), in sede di esame di una domanda d'accesso, è tenuta soltanto a valutare l'inerenza del documento richiesto con l'interesse palesato dall'istante, e non anche l'utilità del documento al fine del soddisfacimento della pretesa correlata (cfr. Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 2014, n. 556).

L'interesse all'accesso ai documenti deve essere valutato in astratto, senza che possa essere operato, con riferimento al caso specifico, alcun apprezzamento in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che gli interessati potrebbero eventualmente proporre sulla base dei documenti acquisiti mediante l'accesso e quindi la legittimazione all'accesso non può essere valutata alla stessa stregua di una legittimazione alla pretesa sostanziale sottostante (Cons. St., Sez. IV, 10 marzo 2014, n. 1134).

10. L'appello in esame deve, quindi, esser respinto.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 4690 del 2014, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la s.p.a. Azienda Napoletana Mobilità. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore di della s.n.c. Gaffoil di Ferrara Assunta & C..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2015

IL SEGRETARIO

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

