

N. 03961/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 11853/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 11853 del 2008, proposto da De Vizia Transfer S.p.A., in persona del legale rappresentante e da CNIM S.A., in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dall'avv. Xavier Santiapichi, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate, in Roma, via Bertoloni n. 44/46

*contro*

- la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri p.t.;

- il Sottosegretariato di Stato per l'emergenza rifiuti, in persona del legale rappresentante;

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono elettivamente domiciliati, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

*nei confronti di*

A2A S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vito Salvadori ed Emanuela Romanelli, presso il cui studio, in Roma, viale Giulio Cesare n. 14, è elettivamente domiciliata;

*per l'esercizio del diritto di accesso ai documenti di cui all'art. 25 della legge*

*241/1990 ed il conseguente annullamento*

della nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri prot. Sottosegretariato/STS prot. n. 0019777 del 3 novembre 2008, con la quale veniva negato l'accesso ai documenti della procedura di affidamento del servizio di gestione del termovalorizzatore di Acerra e dell'impianto di selezione e trattamento dei rifiuti di Caivano

nonché per l'annullamento

- degli atti tutti inerenti la procedura di affidamento diretto dell'appalto per il completamento e la gestione del termovalorizzatore di Acerra e dell'impianto di selezione e trattamento dei rifiuti di Caivano;
- degli eventuali non cogniti bando di gara e/o lettera di invito, capitolato tecnico, atti di nomina della Commissione, verbali di gara ed aggiudicazione dell'appalto, ovvero della concessione per il completamento e la gestione del termovalorizzatore di Acerra e dell'impianto di selezione e trattamento dei rifiuti di Caivano;
- dell'eventuale conseguente contratto e dei conseguenti contratti di affidamento nel frattempo sottoscritti;
- di ogni altro atto precedente o successivo, connesso e/o conseguente agli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Soc A2a Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2011 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

A fronte dell'acquisita notizia in ordine all'aggiudicazione della gestione del

termovalorizzatore di Acerra, la ricorrente De Vizia Transfer inoltrava alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un'istanza di accesso ai documenti amministrativi inerenti la procedura di gara preordinata all'affidamento di che trattasi.

Tale richiesta veniva respinta, con atto del 3 novembre 2008, in ragione della valutata insussistenza di profili di interesse concreto, diretto ed attuale, corrispondente a situazioni giuridicamente rilevanti e collegate ai documenti richiesti.

Il diniego di accesso viene censurato sotto i seguenti profili:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e seguenti e 23 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 97, 113 e 117 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del decreto legge 23 maggio 2008, convertito in legge 14 luglio 2008 n. 123. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 della Direttiva 2004/18/CE e 35 della Direttiva 2004/17/CE (come recepiti dall'art. 13 del codice sui contratti pubblici). Questione di legittimità costituzionale.

Nel premettere di non aver preso parte alla procedura per l'affidamento dei lavori di completamento e della gestione del termovalorizzatore di Acerra, assume parte ricorrente di essere nondimeno destinataria di un interesse giuridicamente tutelato ai fini dell'accesso agli atti della gara preordinata all'aggiudicazione dell'opera di che trattasi.

Né rivelerebbe, a tal fine, rilievo ostativo la previsione di cui all'art. 18 del decreto legge 23 maggio 2008, nella parte in cui consente di derogare alle disposizioni introdotte dalla legge 241/1990; in caso di difforme interpretazione della disposizione sopra citata, denunziandosene l'illegittimità costituzionale per contrasto con i parametri di cui agli artt., 3, 97, 113 e 117.

2) Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione dei principi in materia di distinzione fra attività di indirizzo politico ed attività gestionale-

amministrativa. Incompetenza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del decreto legge 90/2008. Questione di legittimità costituzionale.

Ad avviso della parte ricorrente, rileverebbe poi l'incompetenza, ai fini dell'adozione del gravato diniego di accesso, dell'Autorità emanante (Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri), in quanto organo di indirizzo politico sfornito di attribuzioni di carattere amministrativo-gestionale.

Il decreto legge 90/2008, nell'attribuire al Capo del Dipartimento della Protezione Civile le funzioni di Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'emergenza rifiuti in Campania, avrebbe operato una commistione fra attribuzioni di carattere amministrativo e competenze di indirizzo politico, derogando al vigente assetto delineato dal D.Lgs. 165/2001 e dalla legge 400/1988.

La disposizione di cui all'art. 2 del citato decreto 90/2008 si rivelerebbe, per l'effetto, in contrasto con le previsioni di cui agli artt. 95, 97 e 117 della Costituzione: sollecitandosi, conseguentemente, la rimessione della relativa questione al vaglio della Corte Costituzionale.

3) Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 18 del decreto legge 23 maggio 2008 n. 90, come convertito in legge 14 luglio 2008 n. 123, in funzione dei principi generali di economicità, efficacia, tempestività e correttezza di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE". Questione di compatibilità comunitaria.

La consentita derogabilità – di cui all'art. 18 del decreto legge 90/2008 – alle disposizioni di cui all'epigrafato D.Lgs. 163/2006 verrebbe a collidere, secondo la prospettazione di parte ricorrente, con i principi di rango comunitario di cui alle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ed agli artt. 2, 14, 39 e 22, 49 e seguenti, 87 e seguenti, 94 e seguenti del Trattato CE,

nella parte in cui è stata resa possibile l'aggiudicazione dei lavori di completamento e della gestione del termovalorizzatore di Acerra senza previo espletamento di pubblica procedura di selezione.

A tale riguardo, parte ricorrente sollecita la rimessione della questione al vaglio interpretativo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente:

- annullamento dell'atto di diniego di accesso e declaratoria del diritto alla conoscenza dei rilievi documentali inerenti la procedura di gara anzidetta;
- annullamento degli atti ulteriormente gravati, previa, se del caso, rimessione delle sollevate questioni, rispettivamente, alla Corte Costituzionale ed alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee;
- risarcimento del pregiudizio dalla parte ricorrente asseritamente risentito per effetto della mancata partecipazione alla procedura di selezione per l'affidamento dell'incarico in questione.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 6 aprile 2011.

## DIRITTO

1. Va preliminarmente rilevato che, con dichiarazione depositata in atti del giudizio in data 7 dicembre 2010, la ricorrente CNIM S.A. ha manifestato l'intendimento di rinunciare, limitatamente alla propria posizione processuale, al proposto gravame.

Nell'osservare come la dichiarazione anzidetta abbia formato oggetto, in osservanza delle pertinenti prescrizioni, di rituale notifica nei confronti delle controparti, non può esimersi il Collegio dal prendere atto della rinuncia di che trattasi.

2. L'esame nel merito delle doglianze esposte con il presente gravame si impone, peraltro, con riferimento alla posizione dell'altra ricorrente (Di Vizia Transfer S.p.A.), la quale – a differenza di CNIM – non ha manifestato, relativamente al giudizio sottoposto al Collegio, alcun intento abdicativo.

Deve in proposito osservarsi che, contrariamente a quanto argomentato dalla controinteressata A2A S.p.A. (memoria depositata il 21 marzo 2011), la suindicata rinuncia non riverbera effetti sulla posizione processuale di De Vizia.

Se è ben vero che il mezzo di tutela all'esame è stato congiuntamente proposto da quest'ultima e da CNIM e che entrambe le società si proponevano il conseguimento di un vantaggio unitario, rappresentato dall'affidamento del servizio in precedenza indicato, non è parimenti vero che le posizioni processuali delle ricorrenti siano connotate da un vincolo di inscindibilità – sostenuto, appunto dalla controinteressata – tale da rendere la posizione dell'una (in un'ottica di simul stabunt, simul cadent) condizionata dalla persistenza dell'interesse dell'altra.

Va infatti osservato che l'istanza conoscitiva per cui è controversia – così come, più in generale, la verifica della correttezza dell'operato dell'Amministrazione – ben potrebbero assumere rilevanza a fini risarcitori (nel caso in cui, ovviamente, venisse dimostrata la fondatezza della prospettazione di parte ricorrente): di talché anche l'intento abdicativo dichiarato da una delle parti ricorrenti si dimostra inidoneo a reagire sulla posizione processuale dell'altra, derivativamente privandola dell'interesse all'ulteriore coltivazione del proposto mezzo di tutela.

3. Ciò posto, giova osservare, ad integrazione di quanto esposto in narrativa, che entrambe le ricorrenti, con istanza del 28 luglio 2008 rivolta al Sottosegretario di Stato per l'emergenza rifiuti in Campania presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, manifestavano interesse “ad essere

invitate ad eventuali trattative anche in corso per l'assegnazione della gestione del servizio di smaltimento nella Regione Campania, ivi compreso il termovalorizzatore di Acerra, per il completamento e gestione dell'impianto"; nella circostanza, soggiungendo di aver "appreso da notizie di stampa" dell'apertura, il giorno seguente, delle buste contenenti l'offerta presentate dalle ditte invitate.

A fronte del contegno omissivo osservato dalla sollecitata Pubblica Autorità relativamente alla richiesta sopra indicata, De Vizia – sul presupposto della notizia, "di pubblico dominio", relativa all'affidamento alla Società 2A2 di Brescia a seguito di aggiudicazione di gara d'appalto, del completamento e della gestione del termovalorizzatore di Acerra – chiedeva (nota del 2 ottobre 2008) l'accesso "a tutti gli atti e documenti relativi alla eventuale procedura di gara di cui in oggetto ... al fine di valutare la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, direttamente connesse".

Da quanto sopra esposto emerge dunque, con univoca – quanto incontrovertibile – concludenza, che la ricorrente fosse già edotta, alla data del 2 ottobre 2008:

- dell'intervenuta aggiudicazione dell'appalto per il completamento e la gestione del termovalorizzatore di Acerra;
- del soggetto (Società 2A2 di Brescia) nei confronti del quale la precedente Amministrazione aveva disposto l'affidamento.

2. Tale rilievo induce, inevitabilmente, a dare atto della tardività dell'impugnativa ora all'esame, nella parte in cui si sottopone a critica (sotto una molteplicità di profili, alla stregua di quanto esposto in narrativa) la procedura di affidamento in questione.

Fermo il dies a quo (alla citata data del 2 ottobre 2008) della piena conoscenza dell'evento al quale parte ricorrente annette valenza pregiudizievole (relativamente alla posizione pretensiva di carattere partecipativo che assume essere stata lesa per effetto dell'adozione degli atti

gravati), il mezzo di tutela all'esame è stato notificato a mezzo posta con spedizione dei relativi pieghi raccomandati alla data del 3 dicembre 2008 (come evidenziato dalle relative ricevute di accettazione presso l'Ufficio postale, depositate in atti).

L'arco temporale intercorrente fra manifestazione di conoscenza dell'esistenza/consistenza dell'atto lesivo oggetto di gravame (2 ottobre 2008) e notificazione del ricorso (3 dicembre 2008) si ragguaglia, pertanto, a complessivi giorni 62: per l'effetto non potendo omettere la Sezione di dare atto, relativamente all'impugnazione dell'affidamento in questione, della irricevibilità del ricorso ora all'esame.

4. Il presente mezzo di tutela viene peraltro in considerazione anche con riferimento al contestato diniego di accesso agli atti (di cui alla impugnata nota della Presidenza del consiglio dei Ministri in data 3 novembre 2008).

4.1 Se per tale atto va dato atto della sicura tempestività del rimedio, nondimeno le doglianze esposte con riguardo alla determinazione da ultimo indicata si rivelano insuscettibili di delibazione a fronte della carenza di interesse in proposito ravvisabile in capo alla parte ricorrente.

A fronte della suindicata istanza del 2 ottobre 2008, la Presidenza del Consiglio adottava la determinazione oggetto di censura, la quale risulta motivata in ragione della ravvisata insussistenza di elementi volti a considerare la ricorrente De Vizia "quale portatrice di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente a situazioni giuridicamente tutelate e collegate ai documenti in ordine ai quali è richiesto l'accesso".

Nella determinazione anzidetta, inoltre, viene richiamato il disposto di cui all'art. 18 del decreto legge 23 maggio 2008 n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008 n. 123; e, da ultimo, si sottolinea "che sono ancora in corso ... le procedure volte all'affidamento delle attività gestorie degli impianti in oggetto".

4.2 Ciò osservato, non può esimersi il Collegio da rilevare che:

- non soltanto parte ricorrente non ha preso parte alla gara, i cui atti hanno formato oggetto della citata richiesta di accesso documentale;
- ma che, ulteriormente, gli esiti della gara anzidetti, in ragione della ravvisata tardività dell'impugnativa con la quale la parte medesima ne ha contestato la legittimità, rivelano carattere di inoppugnabilità, risultando per l'effetto definitivamente consolidati nei confronti della (residua) ricorrente De Vizia.

Ne consegue che, a fronte dell'estraneità di quest'ultima alla gara (così come della rammentata inoppugnabilità dei relativi esiti) non può in capo ad essa ravvisarsi la necessaria posizione legittimante al fine di sollecitare l'accesso documentale agli atti della procedura stessa.

Per costante insegnamento giurisprudenziale, la legittimazione e l'interesse all'accesso si acquisiscono, in tema di procedure concorsuali di qualsivoglia tipo, esclusivamente per effetto ed in conseguenza della partecipazione alla gara (e comunque, come nel caso di specie, laddove la sollecitazione del sindacato giurisdizionale avverso i relativi atti sia ancora ammissibile); nessuna posizione legittimante, né conseguentemente interesse giuridicamente tutelabile può quindi essere, altrimenti, riconosciuto in capo ad un soggetto il quale manifesti un intento conoscitivo riguardante atti relativi a vicende *inter alios acta* (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 26 luglio 2006 n. 1863 T.A.R. Puglia, Bari, 28 ottobre 2004 n. 4813; T.A.R. Veneto, sez. I, 19 luglio 2005 n. 2864; T.A.R. Liguria, sez. I, 15 luglio 2005 n. 1075).

Come è infatti noto, la disposizione di cui all'art. 22, comma 1, della legge 241/1990, pur riconoscendo il diritto d'accesso a "chiunque vi abbia interesse", non ha introdotto alcun tipo di azione popolare, tant'è che ha successivamente ricollegato siffatto interesse all'esigenza di tutela di "situazioni giuridicamente rilevanti": con la conseguenza che, in particolare, l'accesso agli atti delle procedure concorsuali e di gara è consentito soltanto

a coloro ai quali gli atti stessi direttamente o indirettamente si rivolgono e che se ne possano avvalere per la tutela di una posizione soggettiva, la quale non può identificarsi con il generico e indistinto interesse al buon andamento dell'attività amministrativa.

Orbene, la configurazione della legittimazione ad accedere alla documentazione amministrativa transita attraverso l'individuabilità di una posizione differenziata (e, con essa, della titolarità di una posizione giuridicamente rilevante tuttora suscettibile di ammissibile devoluzione al sindacato giurisdizionale), che si identifichi nella dimostrata (o, almeno, dimostrabile) titolarità non (necessariamente) di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo (ossia posizioni giuridiche soggettive piene e fondate), ma (anche soltanto) di una posizione giuridica soggettiva allo stato anche meramente potenziale (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2004 n. 5873 e sez. VI, 22 ottobre 2002 n. 5818).

4.3 Nella fattispecie, la manifestazione di interesse alla conoscenza degli atti della procedura di affidamento di che trattasi, come sopra manifestata dalla parte ricorrente, non si dimostra accompagnata dalla necessaria – quanto complementare – attualità dell'interesse sostanziale del quale la parte medesima assume di essere portatrice.

Interesse che, va ribadito, è insuscettibile di realizzazione alla luce della dimostrata tardività (di cui supra, sub 2.) dell'impugnativa con la quale la parte ricorrente, lamentando di essere stata pretermessa dalla partecipazione alla procedura di affidamento, ne ha contestato gli esiti in ragione delle doglianze in narrativa indicate.

Va quindi escluso che, in ragione di quanto sopra esposto, possa predicarsi in capo a De Vizia S.p.A. la presenza di una posizione qualificata e differenziata – in ragione dell'attualità di una pretesa di tutela di situazioni giuridicamente rilevanti – ai fini della conoscenza degli atti della gara medesima.

Alle illustrate considerazioni accede l'inammissibilità del presente mezzo di tutela, nella parte relativa al sollecitato accesso documentale (ed alla contestata legittimità della determinazione con la quale l'intimata Amministrazione ha rigettato l'istanza in data 2 ottobre 2008).

5. Ribadite le osservazioni dal Collegio rassegnate ai precedenti punti di motivazione, alla non accoglibilità del gravame accede la condanna alle spese di lite a carico delle odierne ricorrenti, giusta la liquidazione di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

così dispone in ordine al ricorso indicato in epigrafe:

- dà atto della rinuncia al gravame da parte di CNIM S.A., limitatamente alla posizione della predetta parte;
- dichiara il ricorso stesso, quanto alla posizione di De Vizia Transfer S.p.A., in parte irricevibile ed in parte inammissibile, giusta quanto indicato in motivazione.

Condanna la rinunziante CNIM S.A., in persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese di lite in favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri e di A2A S.p.A. (entrambe costituite in giudizio) in ragione di € 1.000,00 (euro mille/00) per ciascuna delle anzidette parti.

Condanna altresì la soccombente De Vizia Transfer S.p.A., in persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese di lite in favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri e di A2A S.p.A. (entrambe costituite in giudizio) in ragione di € 1.500,00 (euro mille e cinquecento/00) per ciascuna delle anzidette parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2011

IL SEGRETARIO

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