

N. 05936/2012REG.PROV.COLL.
N. 05181/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5181 del 2012, proposto dalla s.r.l. Societa' Unipersonale Marina di Pescara, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Di Baldassarre, con domicilio eletto presso Alessandra Mattioli in Roma, via Lago Tana, 59;

contro

la s.p.a. Ecologica Sangro, non costituita nel presente grado del giudizio;

nei confronti di

la s.r.l. Mantini, non costituita nel presente grado del giudizio;

il Consorzio Nazionale Servizi (Cns) Società Cooperativa, non costituito nel presente grado del giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. ABRUZZO - SEZIONE STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n. 235/2012, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012 il consigliere Maurizio Meschino e udito per le parti l'avvocato Di Baldassarre;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La s.p.a. Ecologica Sangro in data 1° febbraio 2012 ha presentato alla società Marina di Pescara istanza di accesso agli atti della procedura indetta per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti prodotti nel Porto Turistico di Marina di Pescara conclusa con l'affidamento alla s.r.l. Mantini. Nell'istanza la Ecologica Sangro richiama di essere ricorrente, davanti al T.a.r. di Pescara, avverso l'aggiudicazione alla s.r.l. Mantini di un affidamento su gara indetta dal Comune di Guardiagrele e di avere perciò interesse "nell'ambito delle proprie attività di ricerca degli elementi di difesa...ad acquisire informazioni relativamente alla presenza di contratti stipulati in via diretta o non conformi alle modalità di legge".

Intervenuto con nota del Presidente della società Marina di Pescara n. 98 del 2 febbraio 2012 il rigetto dell'istanza di accesso, la Ecologica Sangro ha presentato un'ulteriore istanza il 6 febbraio successivo (prot. n. 149), in cui si indica, in sintesi, che: la verifica della correttezza dell'affidamento alla s.r.l. Mantini da parte della Società Marina di Pescara rileva rispetto alla partecipazione di questa società alle gare indette dai Comuni di Guardiagrele e Montesilvano; se il suddetto affidamento non risultasse corretto sussiste, inoltre, l'interesse della stessa Ecologica Sangro alla partecipazione alla gara che la società Marina di Pescara dovrà bandire; l'accesso è dovuto essendo la gestione di servizi nel porto turistico un servizio pubblico, oltre che alla luce dell'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990.

Il Presidente della società Marina di Pescara, con nota n. 121 del 13 febbraio successivo, affermato che la società, pur svolgente attività

commerciale senza contribuzioni pubbliche e non sottoposta perciò alle prescrizioni della legge n. 241 del 1990, opera comunque con criteri di trasparenza, ha negato l'accesso mancando il presupposto dell'interesse ed essendo inammissibili richieste di controllo generalizzato dell'attività amministrativa.

2. La s.p.a Ecologica Sangro, con il ricorso n. 103 del 2012, proposto al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, ha chiesto l'annullamento delle citate note del Presidente della società Marina di Pescara n. 98 e n. 121 del 2 e del 13 febbraio 2012.

3. Il giudice adito ha accolto il ricorso, con la sentenza n. 235 del 2012 del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara (Sezione prima), ed ha ordinato alla Società Marina di Pescara di rendere disponibili alla Ecologica Sangro gli atti richiesti entro giorni 30 (trenta) dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa della sentenza; ha condannato la società Marina di Pescara al pagamento delle spese del giudizio a favore della ricorrente che ha liquidato in euro 2.000,00.

4. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado.

5. Alla camera di consiglio del 23 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado si afferma:

- la società unipersonale Marina di Pescara è gestore di un pubblico servizio poiché, da un lato, è un soggetto di proprietà totalitaria di un ente pubblico, qual è la Camera di Commercio, e, dall'altro, la gestione di un porto turistico, anche se a fini di lucro, rientra tra le finalità pubbliche, considerate, altresì, le connesse ripercussioni economiche sul territorio;
- tutte le attività della detta Società, inclusi i servizi di pulizia parziale, si

annoverano quindi tra le finalità pubbliche che legittimano l'applicazione della legge n. 241 del 1990 e in particolare del relativo art. 23, per il quale il diritto di accesso si esercita nei confronti dei gestori di pubblici servizi;

- nella specie sussiste l'interesse legittimante all'esercizio del diritto di accesso, poiché, come dedotto dalla ricorrente, la s.r.l. Mantini, in caso di scorretto affidamento dell'appalto da parte della società Marina di Pescara, non risulterebbe titolata a partecipare ad altre gare in forza dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008 (convertito in legge n. 112 del 2008), configurandosi così la potenzialità di una lesione della sfera giuridica della ricorrente in connessione con l'eventualità di una necessità di tutela in sede giurisdizionale.

2. Nell'appello si deduce l'erroneità della sentenza di primo grado, poiché:

a) la gestione del porto turistico, pur se svolta da un soggetto in proprietà pubblica, non rientra nella nozione di servizio pubblico locale; non si tratta infatti di un'attività avente una finalità sociale di interesse pubblico, cioè diretta a soddisfare le esigenze dei residenti nel comune che istituisce il servizio, considerati in quanto tali, o quelle di una cerchia indifferenziata di utenti, con i connessi obblighi di continuità, qualità e regolarità del servizio stesso, ma di un'attività imprenditoriale, non tenuta perciò all'osservanza di condizioni e tariffe uniformi rispetto a parametri generali ma modulabile quanto alle modalità di prestazione del servizio e all'area degli utenti secondo le esigenze proprie di un tale tipo di attività;

b) gli atti oggetto dell'istanza di accesso riguardano, in ogni caso, il servizio di pulizia parziale che è attività di carattere interno e non inerente, perciò, alla gestione del porto turistico;

c) non sussiste comunque nella specie l'interesse legittimante l'esercizio del diritto di accesso, poiché: la società istante non ha partecipato alla gara ai cui atti richiede di accedere; non ha rilievo il mero interesse strumentale alla rinnovazione della gara asserito soltanto in quanto operatore del settore;

mancono dunque i presupposti di attualità, concretezza e adeguata motivazione dell'interesse richiesti dalla legge risultando l'istanza, di conseguenza, diretta ad una generica attività informativa sull'operato della società Marina di Pescara.

3. Il Collegio ritiene che sia da accogliere il motivo ora sintetizzato sub 2.c).

Infatti:

- l'interesse legittimante all'accesso è stato indicato nelle istanze della s.p.a. Ecologica Sangro con il richiamo all'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, per il quale l'accesso deve comunque essere garantito se la conoscenza dei documenti in questione sia *“necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici”*, volendo l'istante poter contestare la partecipazione della s.r.l. Mantini in altra gara se risultasse viziata l'aggiudicazione a tale società dell'appalto da parte della società Marina di Pescara nella gara afferente alla gestione del porto turistico;
- tale interesse sarebbe tutelabile in considerazione del fatto che, come affermato dal primo giudice *“la soglia richiesta per l'accesso risulta inferiore a quella necessaria per legittimare un ricorso giurisdizionale, risultando sufficiente anche solo una potenziale lesione alla propria sfera giuridica e la mera eventualità di una necessità di tutela in sede giurisdizionale”*, ciò che si verificherebbe nella specie data l'ipotesi di applicazione dell'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008;
- questa ricostruzione non appare rapportabile al caso in esame; la giurisprudenza di questo Consiglio ha infatti chiarito che, per l'applicazione del citato comma 7 dell'art. 24 *“Occorre...la dimostrazione di una rigida “necessità” e non mera “utilità” del documento”* cui si chiede di accedere *“Tanto più nei casi in cui l'accesso sia esercitato non già in relazione agli atti di un procedimento amministrativo di cui il richiedente è parte, ma in relazione agli atti di procedimenti amministrativi rispetto ai quali il richiedente è terzo”*, non configurandosi, di conseguenza, la posizione legittimante quando *“i documenti richiesti non sono necessari per la difesa in giudizio ma solo utili per*

articolare la difesa in giudizio secondo una particolare modalità, ossia per articolare una particolare censura” (Sez. VI, 12 gennaio 2011, n. 117), configurandosi altrimenti, si deve aggiungere, la fattispecie del mero controllo generalizzato dell’attività amministrativa precluso dall’articolo 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990;

- nella specie la società istante non dimostra che la conoscenza degli atti della gara in questione, in cui non è stata parte, sia rigidamente “necessaria” per la propria difesa nel giudizio relativo ad una diversa gara, risultando perciò tale conoscenza soltanto “utile”, in quanto evidentemente articolazione di un particolare motivo difensivo nell’ambito di un giudizio già instaurato; un motivo, si deve anche considerare, la cui utilità difensiva è peraltro del tutto potenziale non essendo sufficiente soltanto asserire, a tal fine, un vizio invalidante di un intero procedimento ma dovendo tale vizio essere stato riconosciuto ad esito di un giudizio; neppure rivestendo perciò l’asserito interesse all’accesso l’altresì previsto carattere di effettiva concretezza (art. 22, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990);

- né l’accesso può riconoscersi nel caso in esame per il solo interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara indetta dalla società Marina di Pescara non sussistendo una regola generale di indifferenziata titolarità della legittimazione al ricorso -con esercizio perciò dell’accesso a fini di cura o difesa di interessi giuridici collegati- basata sulla mera qualificazione soggettiva di imprenditore potenzialmente aspirante all’indizione di una nuova gara, salvo i casi del contrasto in radice della scelta della stazione appaltante di indire la procedura, dell’affidamento senza gara e della previsione nel bando di una specifica e lesiva clausola escludente, casi nella specie non provati (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 4 del 2011).

4. Per le ragioni che precedono il motivo di appello sopra sintetizzato sub 2. c) è fondato e pertanto, con assorbimento dei motivi restanti, l’appello

deve essere accolto.

Le spese dei due gradi del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello in epigrafe, n. 5181 del 2012, e, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara (Sezione prima), n. 235 del 2012, respinge il ricorso di primo grado n. 103 del 2012.

Condanna la s.p.a. Ecologica Sangro al pagamento delle spese dei due gradi del giudizio a favore della società unipersonale Marina di Pescara che liquida in euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00) oltre gli accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012, con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2012

IL SEGRETARIO

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