

N. 06134/2011REG.PROV.COLL.
N. 06360/2011 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6360 del 2011 proposto da Bertoni Maurizio e Sergio s. n. c. , rappresentata e difesa dagli avvocati Brunello De Rosa e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

contro

Tutela Ambientale del Sebino s.p.a. , n. c. ;

nei confronti di

Gambara Asfalti s.p.a. , in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Barbara e Giuseppe Ramadori, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Marcello Prestinari, 13;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA – SEZIONE STACCATA DI BRESCIA, SEZIONE II, n. 749 del 2011, resa tra le parti, concernente ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE INERENTE ALLA FASE ESECUTIVA DELL'APPALTO PER I LAVORI DI POSA DEL COLLETTORE FOGNARIO OCCIDENTALE;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Gambara Asfalti s.p.a. ;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del 21 ottobre 2011 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Sandulli e Buccellato, per delega dell'avv. Ramadori;

FATTO e DIRITTO

premessi in fatto e considerato in diritto che:

1.- la domanda di accesso è stata in parte respinta dalla Tutela Ambientale del Sebino s. p. a. poiché “la documentazione relativa ad importi dovuti dalla impresa Gambara Asfalti s.p.a. ai subappaltatori e fornitori non (è disponibile) in quanto di solo ed esclusivo interesse della Gambara Asfalti s.p.a.” e non della società Bertoni;

con la sentenza appellata il TAR di Brescia ha giudicato inammissibile il ricorso osservando in particolare che:

-il diritto di accesso ai documenti amministrativi implica, in capo al richiedente, “un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente

ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso" (art. 22, comma 1, lett. B) l. n. 241 del 1990) ;

-la Bertoni, riunita in ATI con la Gambara Asfalti, capogruppo mandataria, ha conseguito "l'aggiudicazione dell'appalto per i lavori di posa del collettore fognario occidentale, per circa 2.000.000 €, ... le opere sono state realizzate e collaudate e risulta emesso il certificato di regolare esecuzione, (ma) non vi sarebbe traccia dei pagamenti effettuati dalla capogruppo Gambara Asfalti a favore di subappaltatori e fornitori di materiali, (e) l'interesse alla conoscenza di tali informazioni sarebbe collegato alle "voci" di una situazione di insolvenza della controinteressata, per cui l'impresa mandante è preoccupata che eventuali fornitori e subappaltatori insoddisfatti possano avanzare pretese nei suoi confronti in forza della responsabilità solidale ex art. 37 comma 5 del d. lgs. 163/2006 (assunta dalla Bertoni, per le obbligazioni nascenti da contratto, in data 29.5.2006, nel conferire alla Gambara Asfalti –mandataria- il mandato collettivo speciale di rappresentanza di ATI);

-assume rilievo preminente l'accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici, dato che il diritto di difesa è garantito a livello costituzionale, ma non bastano esigenze di difesa enunciate in modo generico per garantire l'accesso, dovendo quest'ultimo corrispondere a un effettivo bisogno di tutela di situazioni giuridicamente apprezzabili che si assumano

lese;

-in base agli elementi di causa “la pretesa ostensiva della ricorrente non assume lo spessore minimo indispensabile a renderla degna di rilievo ed apprezzamento, (non essendo) documentata l’esistenza di situazioni di inadempienza della controinteressata nei confronti di fornitori e sub-appaltatori, né risultan(d)o pervenute alla società ricorrente formali sollecitazioni di pagamento;

- la stessa deduzione sulla situazione di difficoltà (stato di liquidazione, insolvenza) in cui verserebbe Gambarà Asfalti – da questa per la verità vigorosamente contestata – non è accompagnata da alcun dato probatorio;

- è pur vero che l’interesse all’accesso ai documenti va infatti valutato in astratto, senza che possa essere operata, con riferimento al caso specifico, alcuna valutazione in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale che l’interessato potrebbe eventualmente proporre, (ma) è necessario che tra la domanda di accesso e l’esigenza di difendere i propri interessi giuridici vi sia un rapporto strumentale (anche inteso in senso ampio);

- in questa fase –prosegue il TAR- la pretesa non è qualificabile come mezzo utile alla difesa dell’interesse giuridicamente rilevante, mentre un’eventuale contenzioso tra la società ricorrente e la controinteressata sarà vagliato dall’organo giurisdizionale competente a pronunciarsi;

- siamo in definitiva in presenza della rivendicazione giudiziale di un

diritto che spetta solo “in astratto” a colui che lo aziona poiché in concreto non affiora per il momento alcun vantaggio – che il legislatore ritiene “comunque” degno di apprezzamento – consistente nel rendere possibile la cura e la difesa in (altro) giudizio dei propri interessi giuridici ;

la società Bertoni ha impugnato la sentenza deducendo violazione della l. n. 241 del 1990 e rilevando in particolare che:

non ricorre alcuno dei casi, disciplinati dalla normativa di settore, di esclusione dal diritto di accesso;

l'interesse concreto sotteso alla istanza di accesso corrisponderebbe all'interesse di conoscere con certezza per quali prestazioni, e relative fatture, ancora insolute, la società ricorrente potrebbe essere chiamata a rispondere, al fine di predisporre i mezzi economici necessari o le relative tutele;

il TAR avrebbe equivocato tra interesse alla difesa in giudizio e interesse all'accesso, posizioni di contenuto diverso giacché il diritto di accesso ha carattere autonomo e non strumentale rispetto alla proposizione di una azione giudiziale: in ogni caso, la documentazione di cui è stata chiesta l'ostensione appare utile anche in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, dinanzi all'A.G.O. , instaurato dalla Bertoni nei confronti della Gambara Asfalti, ancorché per una vicenda non attinente all'appalto in questione;

la Gambara Asfalti si è costituita, ha controdedotto e ha concluso chiedendo la conferma della sentenza del TAR ;

2.-l'appello va respinto e la sentenza del TAR confermata;
proprio focalizzando l'attenzione sul carattere autonomo del diritto di accesso rispetto alla proposizione di una azione giudiziale il Collegio ritiene che il TAR abbia, in maniera corretta, giudicato insussistente, in capo alla Bertoni, un interesse concreto e attuale, ex art. 22 / B) l. n. 241/90 –non bastando, per identificarlo come tale, l'interesse a conoscere con esattezza per quali prestazioni e relative fatture, ancora insolute, la mandante Bertoni potrebbe essere chiamata a rispondere da sub appaltatori e fornitori–, essendo stata posta in correlazione, in modo appropriato, l'insussistenza di un interesse avente le caratteristiche suddette –lo “spessore minimo indispensabile” (v. sent. cit.)- con la mancata dimostrazione di inadempienze della Gambara Asfalti verso fornitori e sub appaltatori, o col fatto che (da questi ultimi) non siano giunti alla Bertoni formali sollecitazioni di pagamento, o col rilievo per cui la condizione di difficoltà (stato di liquidazione, insolvenza) in cui verserebbe Gambara Asfalti, oltre a essere vigorosamente contestata dalla medesima, “non è accompagnata da alcun dato probatorio”. Nel giudicare legittimo il diniego di accesso a documenti dai quali risultino gli importi dovuti dalla Gambara Asfalti a subappaltatori e fornitori il TAR (v. pagine 5 e 6 sent. cit.) ha tra l'altro ritenuto, in modo corretto, non “affiorante” quell'interesse concreto e attuale che la l. n. 241/90 richiede per fondare il diritto di accesso. E la posizione dell'appellante non appare “agganciata” al presupposto

normativo fissato dall'art. 22 della l. n. 241/90 secondo cui l'accesso implica la dimostrazione di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

nel caso di specie il TAR ha ritenuto, in modo condivisibile, che la situazione fosse tale da consentire alla stazione appaltante di precludere in modo legittimo alla Bertoni l'accesso alla documentazione richiesta, a nulla rilevando in contrario l'avvenuta proposizione, da parte della Bertoni, di una domanda giudiziale relativa a una opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto dalla Gambara Asfalti per crediti, estranei all'appalto tra Tutela Ambientale del Sebino e controinteressata, in relazione a una vicenda non attinente all'appalto in argomento;

in conclusione, l'appello va respinto e la sentenza impugnata confermata. Le spese del grado di giudizio possono tuttavia essere compensate, considerate le particolarità in fatto e in diritto della questione controversa e la natura della lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 ottobre 2011
con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2011

IL SEGRETARIO

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