T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 18 settembre 2009, n. 5026

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania
(Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

OMISSIS

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo - notificato in data 8 giugno 2009 e ritualmente depositato presso la Segreteria del Tribunale - la ditta Nemel, con sede in Napoli, alla Via Mergellina, n. 226, in persona del legale rappresentante, Guerriero Francesco, premesso di aver stipulato con la società D.B. S.p.a. un contratto di subappalto - regolarmente autorizzato dalla stazione appaltante, G. S.p.a. e previa formale comunicazione all'appaltatrice D.B. S.p.a. - inerente alla realizzazione dei nuovi banchi Check In e delle relative strutture accessorie presso l'aeroporto internazionale di Napoli-Capodichino, ha impugnato, innanzi a questo Tribunale, la nota in epigrafe con cui la G. S.p.a. aveva rigettato l'istanza del 10.4.2009 di accesso a tutti gli atti e documenti relativi all'appalto in parola in quanto: "Non sussistono i presupposti per consentire alla Nemel di accedere alla documentazione richiesta e ciò in quanto si tratta di documenti privati e non di documenti amministrativi. Del resto il rapporto tra N. e la società D.B. è un rapporto di diritto provato, così come è un rapporto di diritto privato il rapporto che intercorre tra la G. e la Società d.B.".
Ha chiesto, altresì, la declaratoria del suo diritto a prendere visione ed estrarre copia dei documenti di cui alla citata istanza rimasta inevasa, come appresso elencati:
"1) progetto a base di gara di appalto limitatamente ai seguenti elaborati (……..);
2) contratto di appalto G. S.p.a. - Consorzio D.B. S.c.a.r.l.;
3) contratti di subappalto depositati ed autorizzazioni al subappalto relativi alla ditta N. dell'ing. G.G.;
4) giornale di cantiere;
5) tutti i documenti riportati nel seguente elenco a titolo esemplificativo e non esaustivo (……..);
6) ordini di servizio;
7) S102 - nuovi check-in e sistema HBS - assl 30/35 - armatura fondazioni - disegno 2 - edizione B;
8) perizie di variante e suppletive;
9) atti di sottomissione;
10) contratti aggiuntivi relativi a perizie di variante e suppletive;
11) certificati di regolare esecuzione;
12) relazione sul conto finale;
13) collaudo;
14) riserve;
15) tutta la documentazione compreso visite ispettive prodotta dal Coordinatore di sicurezza in fase di esecuzione;
16) tutta la documentazione prodotta dalla Direzione Lavori con riferimento alle Opere Civili (categoria OG1) ed in particolare:

- documenti di trasporto e/o fatture prodotti dall'impresa appaltatrice relativi ai materiali impiegati nei lavori relativi alle opere civili;
- schede tecniche prodotte dall'impresa appaltatrice relativi ai materiali impiegati nei lavori relativi alle opere civili;
- dichiarazione di conformità alla regola d'arte relative alla realizzazione delle categorie di lavoro delle opere civili;
- certificazioni di discariche autorizzate relative allo smaltimento dei rifiuti provenienti dalle opere civili."

In particolare nella istanza di accesso prodotta aveva rappresentato di aver eseguito, in regime di subappalto, regolarmente autorizzato, parte considerevole delle opere di realizzazione dei banchi Check In e delle relative strutture accessorie effettuati presso l'aeroporto Internazionale di Napoli Capodichino negli anni 2006, 2007, 2008, ricadenti nell'ambito del Piano Operativo Nazionale (P.O.N.) Trasporti 2000-2006, erano state affidate, con procedura conforme alla vigente normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti di lavori pubblici, alla D.B. S.c.a.r.l. e per essa alla consociata D.B. S.p.a.

Inoltre aveva evidenziato che, già in precedenza, con nota del 27.1.2009, aveva informalmente richiesto alla G. S.p.a., quale stazione appaltante, di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti e documenti relativi all'appalto in questione, ma che, con nota del 2.2.2009, la predetta stazione aveva negato con motivazione inconferente l'accesso richiesto, in tal modo violando il principio di trasparenza e piena conoscibilità dell'azione amministrativa.

Ritenendo lesi i diritti ad essa derivanti dai contratti di subappalto stipulati con l'impresa affidataria ed intendendo esercitate le doverose verifiche onde tutelare, nei confronti della D.B. S.p.a. innanzi alle competenti sedi giurisdizionali, la sua posizione di subappaltatrice derivante dall'esecuzione del contratto di appalto, sostiene, pertanto, di essere legittimata alla richiesta di accesso alla documentazione indicata e di avere, a tanto, un interesse attuale, personale e concreto, in quanto finalizzato alla cura ed alla difesa giudiziaria di interessi legittimi inerenti la propria posizione lavorativa.

Al riguardo lamenta che gli interventi attuativi del P.O.N. Trasporti costituirebbero, ad ogni effetto, procedimenti di interesse ed evidenza pubblica in relazione ai quali dovrebbero applicarsi, nella loro massima espansione, le disposizioni di cui alla L. n. 241 del 1990 e successive modifiche ed, inoltre, che la G. S.p.a., in quanto stazione appaltante e, più in generale, nella sua qualità di gestore di un pubblico servizio, sarebbe tenuta, ai sensi dell'art. 2 D.P.R. n. 184/2006 a consentire agli interessati l'esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura di appalto.

In data 1° luglio 2009 si è costituita in giudizio la G. S.p.a. che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso e, nel merito, contestato la fondatezza dell'azione chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 3 settembre 2009 la causa è stata chiamata, discussa ed introitata in decisione.

Preliminarmente va disattesa l'eccezione di inammissibilità del proposto gravame sollevata dalla G. S.p.a. che resiste in giudizio, per la circostanza dell'omessa tempestiva impugnazione della nota della G. s.p.a. del 2.2.2009, attesa l'inammissibilità di una seconda istanza di accesso a fronte di un diniego opposto a quella precedente,

e, ciò, in assenza di fatti sopravvenuti che potessero giustificare la reiterazione delle istanze, con la conseguente natura meramente confermativa della successiva nota di riscontro del 12.5.2009, in questa sede impugnata.
Sul punto deve rilevarsi che, pur avendo ad oggetto entrambe le istanze prodotte dalla ditta ricorrente - quella del 27.1.2009 e la successiva, del 10.4.2009, conseguente all'esito negativo della prima - i medesimi documenti, e pur sembrando entrambe le note negative di riscontro provenienti dalla G. S.p.a. assistite dalla medesima motivazione, tuttavia ciascuna delle suddette richieste di accesso consegue a diversa finalità. Infatti la prima istanza (da ricollegarsi ad altra ancòra precedente ed originaria dell'11.12.2008, peraltro inviata solo per conoscenza alla stazione appaltante, quale soggetto committente delle opere) deve inserirsi nel contesto della rivendicazione della istante nei confronti dell'appaltatrice, d.B., S.p.a., dei propri diritti patrimoniali per eventuali pagamenti effettuati in favore di quest'ultima, relativamente alle opere eseguite nell'ambito della esecuzione dell'appalto; la seconda, invece, si presenta finalizzata puramente e semplicemente all'accesso a tutti gli atti e documenti relativi all'appalto in parola onde potere esercitare le opportune verifiche al fine di intraprendere eventuali azioni giudiziarie.
Conseguentemente, a fronte della diversa prospettazione giuridica formulata in ciascuna delle due istanze di accesso, l'impugnata nota G. S.p.a. del 12.5.2009 non può considerarsi meramente confermativa della precedente del 2.2.2009 e, come tale, risulta autonomamente impugnabile.
Ciò premesso, nel merito il ricorso è infondato sotto il duplice profilo oggettivo - della non riconducibilità degli atti richiesti alla nozione di documento formato o detenuto da una pubblica amministrazione - e soggettivo - della non applicabilità nella fattispecie dell'articolo 23 della legge n. 241 del 1990, trattandosi di atti e vicende concernenti il rapporto contrattuale di diritto privato intrattenuto dalla De. Bo S.p.a. con l'ente appaltante, che è soggetto di diritto privato, le cui attività di interesse pubblico, se ed in quanto configurabili come gestione di un pubblico servizio, non sono (se non del tutto indirettamente) chiamate in causa e riguardate dagli atti cui si è chiesto di accedere.
Sotto il primo profilo, dell'oggetto cui si riferisce la domanda di accesso, deve osservarsi che, ai sensi del Capo V della legge n. 241 del 1990, non sono accessibili (art. 22, comma 4, legge cit.) le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo e che la pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso (art. 2, comma 2, secondo periodo, del D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184). Inoltre, il richiedente, nella domanda, deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l'interesse connesso all'oggetto della richiesta (art. 5, comma 2, D.P.R. n. 184 del 2006).
La domanda di accesso della N., oggetto di lite, non corrisponde alle ora riportate prescrizioni di legge e di regolamento, in quanto mira, in realtà, non già all'accesso a documenti già formati ed esistenti, specificamente indicati, ma ad ottenere una ricognizione di atti meramente privatistici che rientrano nell'ambito dell'autonomia

negoziale delle parti contraenti e, come tali, in alcun modo possono ricollegarsi alla nozione di documento amministrativo quale prevista e tutelata dalla normativa sul diritto di accesso di cui agli art. 25 e ss. L. n. 241 del 1990.
E' pacifico che la G. S.p.a. è un soggetto di diritto privato titolare della gestione dei servizi dell'aeroporto di Napoli - Capodichino e che, in tale veste, debba sottostare alle condizioni dettate dalla normativa in materia di appalti, alle regole dell'evidenza pubblica e di riflesso alla normativa in materia di accesso quando pone in essere attività avendo un fine pubblicistico (Cfr: C. di S., Sez. IV, n. 229/2006); ma nell'esecuzione del rapporto contrattuale opera, a tutti gli effetti, come soggetto privato ed è quindi tenuta a comportarsi secondo correttezza e buona fede ed a non pregiudicare in ogni modo gli interessi della controparte.
La ditta N. con le istanze del 27.1.2009 e del 10.4.2009 ha chiesto alla G. S.p.a. di accedere a tutta la documentazione concernente il contratto di appalto intercorrente tra la G. e la società D.B. S.p.a. all'evidente fine di avere piena contezza della natura e della consistenza dei diritti acquisiti in via derivata, in qualità di subappaltatrice, dalla D.B. S.p.a. e, principalmente, a conoscere lo stato di esecuzione dei rapporti contrattuali (pagamenti già effettuati in favore dell'appaltatrice, crediti da questa maturati nei confronti della stazione appaltante, ecc.).
Tuttavia la predetta documentazione attiene prettamente al rapporto privatistico tra la stazione appaltante e l'impresa esecutrice dei lavori, onde legittimamente la G. S.p.a. ha giustificato il proprio diniego puntualizzando come gli atti richiesti attenevano ad un rapporto squisitamente di natura privata.
E' pur vero che la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente assoggetta anche i concessionari alla normativa sull'accesso, ma va sottolineato che, il nuovo regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, introdotto con il D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 (pubblicato sulla G.U.R.I. n. 114 del 18 maggio 2006) contiene, all'art. 2, comma 1 ("Ambito di applicazione"), una previsione aggiuntiva rispetto al testo della legge n. 241/1990 e più restrittiva, secondo la quale: "Il diritto di accesso ……è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti…..di diritto privato limitatamente alla loro attività disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". Tale locuzione aggiuntiva potrebbe per certi aspetti autorizzare un ripensamento della su indicata giurisprudenza più estensiva (Cfr: T.A.R. Campania, Sez. V, n. 7729 del 22 giugno 2006), per la qual cosa pienamente condivisibile è quanto rilevato dalla G. S.p.a. nella nota impugnata alla stregua della quale: "la richiesta di accesso ai documenti non ha ad oggetto gli atti della procedura ad evidenza pubblica conclusasi con l'aggiudicazione dei lavori alla società D.B. S.p.a., ma i successivi atti contrattuali, la cui disciplina, come è pacifico, ricade esclusivamente nel diritto privato".
Dunque, come rilevato a ragione della G. S.p.a. nella memoria di costituzione, la richiesta di accesso della N., così come è stata formulata, non poteva consentire l'accesso a tutta la documentazione disciplinante il rapporto con la società D.B. S.p.a.; al più la G. S.p.a, senza violare i principi di correttezza e buona fede nei confronti del proprio contraente si è dichiarata disponibile a consentire l'accesso alla documentazione ed agli atti strettamente

connessi al contratto di subappalto intercorso tra la D.B. S.p.a. e N. a seguito dell'autorizzazione al subappalto concessa dalla G. e nei limiti di tale autorizzazione.
Del resto la N., è carente di interesse a richiedere e conseguire l'accesso, ovvero copia di atti di natura contrattuale intercorsi tra la G. e la D.B. che, peraltro, riguardano categorie di lavorazioni diverse da quelle oggetto del contratto di subappalto intercorso fra la G. S.p.a. e la D.B. S.p.a.
Sotto il secondo profilo (soggettivo), come già anticipato sopra, nella fattispecie in esame non è applicabile l'articolo 23 della legge n. 241 del 1990, come sostituito dall'articolo 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265 (Àmbito di applicazione del diritto di accesso. 1. 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).
La G. S.p.a. riveste natura giuridica di società di diritto privato, da considerarsi, in qualità di stazione appaltante, gestore di un pubblico servizio.
Agli effetti dell'applicabilità del Capo V della legge n. 241 del 1990, ciò che rileva è il dato formale, dell'essere o meno l'ente una pubblica amministrazione, un'azienda autonoma o speciale, o un ente pubblico, e non può ammettersi in senso contrario (ai fini, cioè, dell'assoggettamento alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi) la rilevanza di aspetti sostanzialistici che contraddicano la configurazione formale dell'ente, quali la presenza maggioritaria o totalitaria di capitali e soci pubblici o la sussistenza di un controllo sostanziale riconducibile comunque a pubbliche amministrazioni, ancorché tali aspetti sostanziali possano essere rilevanti ad altri fini (controlli contabili, sottoposizione alle regole dell'evidenza pubblica, come organismi di diritto pubblico, per l'acquisto di beni, servizi, lavori).
Ciò posto, ammesso che la Società resistente gestisce un pubblico servizio (il servizio di affidamento di appalti di interesse nazionale o comunitario), il punto problematico, che porta ad escludere l'ammissibilità della domanda di accesso qui oggetto di discussione, è costituito dal fatto che essa verte su atti che nulla hanno a che fare (se non in via del tutto indiretta e mediata) con i profili funzionali ed organizzativi del servizio pubblico in parola, atteso che la domanda di accesso di cui si discute ha ad oggetto atti contrattuali rilevanti esclusivamente nell'ambito interno del rapporto di diritto privato intercorrente tra la G. S.p.a. e la D.B. S.p.a. (cfr. TAR Lazio, sez. III-ter, 10 aprile 2006, n. 2507 che ha escluso l'accesso ai documenti attinenti al rapporto di lavoro di dipendenti della società R.W.; cfr. altresì Cons. St., sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959).
Per tutti i suesposti motivi, la domanda di accesso deve ritenersi inammissibile e, conseguentemente, infondato il ricorso giurisdizionale qui proposto, che andrà come tale respinto.
Sussistono giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA CAMPANIA, SEZIONE V^, letto e applicato l'art. 25 della legge 241/1990, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 03/09/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Andrea Pannone, Presidente FF
Vincenzo Cernese, Consigliere, Estensore
Gabriele Nunziata, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 18/09/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO