

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha **N.**

pronunciato la seguente

Reg. Dec.

N. 5243 Reg. Ric.

DECISIONE

ANNO 2001

sul ricorso in appello proposto dalla SNAMPROGETTI S.p.a., con sede in San Donato Milanese, in persona del suo presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pier Giuseppe Torrani e Domenico Arlini, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, via G. Nicotera n.29;

contro

Euroenergy Group S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.i Marco Mazzarelli e Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, via F. Confalonieri n.5;

e nei confronti

di Enelpower S.p.a., rappresenta e difesa dall'avv. prof. Marcello Clarich ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale Clarich ed altri, via del Quirinale n.26, Roma;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sez. III, 26 gennaio 2001, n.197;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla camera di consiglio del 19 giugno 2001 il Consigliere Lanfranco Balucani e uditi, altresì, l'avv. Arlini, l'avv. Manzi, l'avv. Mazzarelli e l'avv. Clarich;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lombardia ai sensi dell'art.25 n.241/1990, la SNAMPROGETTI S.p.a. (la quale aveva partecipato alla gara d'appalto indetta dalla Euroenergy Group S.p.a. per l'affidamento della progettazione esecutiva, costruzione e gestione di centrali termoelettriche a biomasse vegetali da realizzarsi nei Comuni di Cutro e Manfredonia) chiedeva l'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Euroenergy sulle istanze di accesso presentate il 10.7.2000 e il 22.9.2000, con il conseguente ordine di esibizione degli atti di gara.

2. Con sentenza 26 gennaio 2001, n.197 il TAR Lombardia, Sez. III, respingeva il ricorso, rilevando la non assoggettabilità della Euroenergy alla legge n.241 del 1990, trattandosi di soggetto privato ed operante nell'ambito di attività esclusivamente privatistiche.

3. Avverso la anzidetta pronuncia la SNAMPROGETTI ha interposto appello.

Dopo aver esaminato le eccezioni di tardività del ricorso di primo grado e di inammissibilità dello stesso per carenza di interesse ad agire -

eccezioni già sollevate dinanzi al TAR e peraltro disattese dalla sentenza appellata - la appellante SNAMPROGETTI ha censurato le conclusioni cui è pervenuto il TAR ed ha osservato che tutta la attività inerente alla utilizzazione delle fonti di energia elettrica (e quindi anche la realizzazione delle centrali) riceve dall'ordinamento una qualificazione giuspubblicistica, sì che detta attività soggiace al regime pubblicistico sia per quanto concerne le regole della evidenza pubblica, che l'applicazione delle norme sulla trasparenza della attività amministrativa.

Si è costituita in giudizio la Euroenergy, la quale ha contestato i motivi di gravame prospettati dall'appellante ed ha altresì avanzato appello incidentale, con il quale ha riproposto le eccezioni di tardività e di inammissibilità del ricorso di primo grado già sollevate dinanzi al TAR.

Si è anche costituita in giudizio la Enelpower S.p.a., risultata aggiudicataria della gara, che ha svolto tesi difensive analoghe a quelle della società appellante.

Con successiva memoria la SNAMPROGETTI ha eccepito la tardività dell'appello incidentale.

4. Alla camera di consiglio del 19 giugno 2001, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con la sentenza appellata, il TAR Lombardia, dopo aver disatteso le eccezioni di tardività e carenza di interesse sollevate dalla controparte, ha respinto il ricorso proposto dalla SNAMPROGETTI S.p.a. avverso il

diniego opposto dalla Euroenergy Group S,r,l, sulla istanza di accesso ai documenti concernenti la gara di appalto indetta da quest'ultima società ed alla quale la ricorrente aveva partecipato con esito negativo.

La gara anzidetta aveva per oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva, costruzione e gestione di centrali termoelettriche a biomasse vegetali, da realizzarsi nei territori dei Comuni di Cutro e Manfredonia.

2. Nell'esame delle questioni sottoposte al Collegio, occorre preliminarmente soffermarsi sulla eccepita improcedibilità dell'appello incidentale, notificato in data 30.5.2001 e depositato l'8.6.2001, con il quale Euroenergy ha riproposto le eccezioni di rito già prospettate in primo grado.

2.1 Sostiene al riguardo SNAMPROGETTI, appellante principale, che nella fattispecie, trattandosi di "provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture...", doveva trovare applicazione la "reductio ad dimidium" dei termini processuali, ivi compreso quello attinente al deposito dell'appello incidentale, così come statuito dall'art.23 bis L. 6 dicembre 1971, n.1034 (introdotto con l'art.4 L.21 luglio 2000, n.205); con la conseguenza che il deposito dell'appello incidentale di Euroenergy, effettuato oltre la scadenza del termine dimidiato, dovrebbe considerarsi tardivo.

2.2 L'eccezione così formulata va respinta. Nel caso in esame non si verte in tema di impugnativa di atti relativi a procedure di aggiudicazione, bensì di ricorsi per l'accesso ai documenti amministrativi,

caratterizzati da una propria e autonoma disciplina processuale.

Per questi ultimi, la L. n.241 del 1990 prevede la riduzione dei termini alla metà per la sola notifica del ricorso e per la proposizione dell'appello (oltre alla "deminutio" dei tempi per la definizione dei giudizi di primo e secondo grado); cosicché per il deposito dell'appello incidentale trova applicazione il termine ordinario di dieci giorni (decorrente dalla notificazione dell'appello incidentale).

E' pertanto tempestivo il deposito effettuato da Euroenergy in data 8.6.2001 e dunque entro il prescritto termine di dieci giorni.

3. Assodata la ritualità dell'appello incidentale, vanno esaminate le eccezioni riproposte con tale atto di appello.

3.1. Ad avviso di Euroenergy, la determinazione adottata sulla istanza di accesso diverrebbe definitiva e non più sindacabile in sede giurisdizionale ove non sia stata impugnata nel termine decadenziale; conseguentemente il termine di trenta giorni per introdurre l'azione ex art.25 L.m.241 del 1990 non sarebbe suscettibile di alcuna riapertura mediante reiterazione della istanza di accesso.

Sarebbe pertanto irricevibile il ricorso notificato da SNAMPROGETTI solo in data 16.10.2000 avverso il silenzio mantenuto da Euroenergy sulle istanze di accesso formulate in data 10.7.2000 e 22.9.2000, dal momento che la ricorrente non ha impugnato il diniego proposto da Euroenergy con lettera del 30.5.2000 alla sua prima istanza di accesso.

3.2 La prospettazione dell'appellante incidentale non può essere

condivisa.

Nel caso di specie, l'istanza presentata il 10.7.2000 differisce da quella iniziale (del 16.15.2000), contenendo una richiesta che è fondata su presupposti di fatto e di diritto diversi, in quanto volta ad acquisire la conoscenza anche degli atti conclusivi del procedimento di gara, e segnatamente del verbale della intervenuta aggiudicazione (laddove la prima istanza concerneva solo le fasi infraprocedimentali).

La determinazione che, con riferimento a tale seconda istanza, è stata assunta da Euroenergy non può pertanto essere qualificata come provvedimento meramente confermativo, bensì come nuova ed autonoma determinazione rispetto alla quale il ricorso proposto è tempestivo.

4. Ugualmente da disattendere è la eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso introduttivo, riproposta dall'appellante incidentale sul presupposto che, essendo divenuti ormai inoppugnabili gli atti di gara, la conoscenza degli stessi non arrecherebbe alcuna concreta utilità.

Al riguardo non può che richiamarsi l'orientamento costante di questo Consiglio (cfr. tra le altre VI, 24 novembre 2000, n.6246) secondo cui la nozione di "situazione giuridicamente rilevante" di cui all'art.22 L. n.241 del 1990 - per la cui tutela è attribuito il diritto di accesso - è diversa e più ampia rispetto all'interesse all'impugnativa, in quanto non presuppone la titolarità di una posizione soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

La legittimazione all'accesso va invece riconosciuta a chiunque possa dimostrare che il procedimento o gli atti endoprocedimentali abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomo atteggiarsi del diritto di accesso inteso come interesse ad un bene della vita distinto rispetto alla situazione legittimante l'impugnativa.

E' dunque del tutto irrilevante, ai fini della esperibilità della azione ex art.25 L.n.241 del 1990, la circostanza che gli atti oggetto del ricorso proposto da SNAMPROGETTI siano relativi ad una aggiudicazione non più suscettibile di impugnativa giurisdizionale per decorrenza dei termini di legge.

Passando all'esame dell'appello principale, la tesi sostenuta da SNAMPROGETTI merita di essere condivisa.

Giova premettere che la Adunanza Plenaria (dec. n.4/1999) già nella vigenza della pregressa normativa, che estendeva il diritto di accesso nei confronti dei "concessionari di pubblici servizi", aveva osservato come nell'ambito di detta espressione dovessero ricomprendersi "tutti i soggetti, comunque denominati, che gestiscono un servizio pubblico (come inteso dall'art.33 D.Lgs n.80 del 1998) sulla base di un titolo giuridico, sia esso la legge o un atto anche non avente il "nomen" di concessione...".

Ma siffatta direttiva ermeneutica è ora consacrata in una espressa previsione di legge, giacché per effetto dell'art.23 L.n.241 del 1990

(come novellato dall'art. 4, 2° comma, L. 3 agosto 1999, n.265) il diritto di accesso è riconosciuto - oltre che nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni e degli enti pubblici - anche verso i "gestori di pubblici servizi".

Orbene, che la produzione e la distribuzione della energia elettrica - in vista della quale la Euroenergy aveva indetto la gara - costituisca oggetto di servizio pubblico non pare dubitabile alla stregua della normativa di settore.

Come ha esattamente segnalato la società appellante, nonostante la liberalizzazione del mercato elettrico attuata con la legge 9 gennaio 1991, n.9 (art.22), ai sensi dell'art.1, 4° comma, della coeva legge 9 gennaio 1991, n.10, "la utilizzazione delle fonti di energia di cui al comma 3 è considerata di pubblico interesse e di pubblica utilità e le opere relative sono equiparate alle opere dichiarate indifferibili e urgenti ai fini della applicazione delle leggi sulle opere pubbliche".

Pertanto, pur essendo venuto meno il monopolio dell'ENEL, ogni atto adottato in materia di utilizzazione delle fonti rinnovabili di energia, e nell'ambito delle relative opere, riceve una qualificazione in senso pubblicistico in ragione della sua finalità, e cioè in quanto diretto a perseguire la cura di interessi della collettività.

Anche la più recente normativa (D.Lgs 16 marzo 1999, n.79), pur ribadendo il criterio della liberalizzazione del mercato elettrico, ha stabilito che le attività relative sono sì libere, ma "nel rispetto degli

obblighi di servizio pubblico".

Ciò posto, è indubbio che gli atti posti in essere dai soggetti che operano nel settore della energia elettrica assumono una valenza pubblicistica e concorrono alla "gestione" di un servizio pubblico.

In particolare, tale connotazione assumono per espressa previsione di legge le procedure di scelta dell'appaltatore attivate dai soggetti incaricati di realizzare gli impianti di produzione di energia, atteso che l'art.2, ult. comma, D.Lgs n.158 del 1995 sottopone alla osservanza della normativa comunitaria in tema di evidenza pubblica anche gli atti di gara emanati da operatori privati che forniscono energia al gestore delle reti di distribuzione.

Tale situazione sussiste nel caso in esame, in cui la Euroenergy ha indetto la gara per la realizzazione di tre centrali termoelettriche a biomasse vegetali in conformità di quanto statuito nella normativa comunitaria.

Dalla evidenziata natura di "servizi pubblici" che investe il complesso settore della energia elettrica consegue, da un lato, che - alla luce del quadro normativo introdotto dall'art.33, 2° c. lett.e) D.Lgs n.80 del 1998 - tutte le controversie relative alla applicazione della normativa sull'affidamento degli appalti appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto coinvolto; dall'altro che, trattandosi di attività sostanzialmente amministrativa, la intera materia è attratta nell'ambito della

giurisdizione del giudice amministrativo anche per quanto concerne la soggezione alle norme sulla trasparenza dell'attività amministrativa.

Come ha infatti puntualizzato la Adunanza Plenaria nella decisione soprarichiamata, la attività di gestione di interessi pubblici (che è propria del pubblico servizio), pur se sottoposta di regola al diritto comune, essendo svolta oltretutto nell'interesse proprio anche nell'interesse della collettività, "deve attenersi ai principi della trasparenza e del buon andamento...rientrando nell'ambito di applicazione dell'art.97 Cost."

Occorre altresì aggiungere che, contrariamente a quanto sostenuto da Euroenergy, le modifiche apportate all'art.27 D. Lgs n.158 del 1995 dalla entrata in vigore del D.Lgs 25 giugno 2000, n.525 - che ha introdotto norme speciali sulla conservazione dei documenti e sulle informazioni relative a gare d'appalto nei settori esclusi - non incidono affatto sul diritto di accesso azionato dall'odierna appellante, dal momento che in virtù della anzidetta nuova normativa al "soggetto aggiudicatore" è solo consentito di omettere, attraverso un provvedimento "motivato", quelle informazioni che siano ritenute "lesive di interessi commerciali legittimi..." ovvero "di pregiudizio per la concorrenza.....". Ma nella fattispecie in esame Euroenergy non ha inteso avvalersi di tale facoltà.

5. Per quanto precede, l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata va accolto il ricorso di primo grado e va riconosciuto il diritto di accesso.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali inerenti

ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate dei due gradi del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio del 19.6.2001, con l'intervento dei Signori:

Luigi MARUOTTI	Presidente f.f.
Pietro FALCONE	Consigliere
Giuseppe ROMEO	Consigliere
Lanfranco BALUCANI	Consigliere est.
Domenico CAFINI	Consigliere

Presidente

Consigliere Est.

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è
stata trasmessa

al
Ministero.....
.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria