

Pubblicato il 02/03/2021

N. 01779/2021REG.PROV.COLL.
N. 04023/2020 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 4023 del 2020, proposto da Giancaterino Costruzioni s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fausto Troilo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Torre de' Passeri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Di Baldassarre, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

San Giovanni Inerti s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, n. 15/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre de' Passeri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021 il Cons. Stefano Fantini; preso atto del deposito delle note d'udienza formulate ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito nella legge n. 176 del 2020, e dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020 da parte degli Avvocati Troilo e Di Baldassarre;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Giancaterino Costruzioni s.a.s., impresa edile dotata di certificazione SOA ed attiva nel settore da oltre venticinque anni, ha interposto appello nei confronti della sentenza 14 gennaio 2020, n. 15 del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, Pescara, che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso avverso la nota in data 20 agosto 2019 con la quale il responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Torre de' Passeri gli ha denegato l'accesso agli *“atti e provvedimenti preliminari adottati con riguardo alle gare sotto e sopra soglia di euro 40.000,00 indette da codesto Comune nel periodo 2014-2019, ed in particolare degli atti posti in essere, nel corso del predetto periodo temporale, ai fini dell'individuazione degli operatori economici da invitare a ciascuna delle predette procedure, nonché degli inviti spediti a ciascuno degli operatori economici in relazione a ciascuna delle predette procedure”*.

L'istanza di ostensione documentale suindicata è stata presentata dalla società appellante in data 16 luglio 2019, in conseguenza del mancato invito a procedure di gara per l'affidamento di contratti di appalto di lavori.

Il diniego è motivato mediante integrale rinvio al contenuto della nota in data 27 novembre 2018, e comunque ribadisce l'assunto che *«che gli atti e provvedimenti amministrativi da voi richiesti relativi alle procedure di gara sono stati regolarmente pubblicati sia all'Albo pretorio on-line del Comune, dove possono essere facilmente rintracciabili nella sezione “storico”, sia sul sito istituzionale della Stazione Unica Appaltante (SUA-PE) www.provincia.pescara.it. Ove alla S.V. risultassero atti non pubblicati, si resta a disposizione per la presa visione ed estrazione di copia dei documenti medesimi, previa precisa indicazione degli estremi dei documenti in questione»*.

Con il ricorso in primo grado la società Giancaterino Costruzioni s.a.s. ha dedotto l'illegittimità del diniego impugnato anche nella considerazione dell'assenza di qualsivoglia pubblicazione nell'albo pretorio dei documenti richiesti.

2. - La sentenza appellata ha dichiarato inammissibile il ricorso in accoglimento dell'eccezione dell'amministrazione resistente secondo cui l'atto impugnato è meramente confermativo del diniego opposto in data 27 novembre 2018 su pregressa istanza ostensiva, e rimasto inoppugnato.

3.- Con l'appello la società Giancaterino Costruzioni ha dedotto l'erroneità della sentenza nella considerazione che non si verta al cospetto di un atto meramente confermativo, diversa essendo la domanda di ostensione documentale come pure il corredo motivazionale del diniego; ha inoltre riproposto il motivo di primo grado, di cui è stato asseritamente omesso/assorbito l'esame, incentrato sull'interesse all'accesso e sull'ostensibilità della documentazione richiesta.

4. - Si è costituito in giudizio il Comune di Torre de Passeri chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

5. - Nella camera di consiglio del 4 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Il primo motivo di appello censura la statuizione di inammissibilità contestando la configurazione del diniego impugnato alla stregua di atto meramente confermativo di un precedente diniego non tempestivamente gravato, nell'assunto che l'istanza di accesso del 16 luglio 2019, concernendo le gare indette tra il 2014 ed il 2019, non è reiterativa di quella del 22 novembre 2018 (riguardante le gare tra il 2015 ed il 2018), ma innovativa e che l'atto gravato non costituisce una mera conferma, essendo intervenuto all'esito di una nuova istruttoria e corredato da una motivazione integrativa e più articolata.

Con il secondo motivo, che può essere esaminato congiuntamente al primo, in ragione del rapporto di complementarietà, l'appellante deduce che l'istanza

in questa sede denegata è quanto meno innovativa per gli anni 2014 e 2019, non contemplati dalla precedente domanda di accesso.

I motivi sono infondati nei termini che seguono.

Sotto il primo profilo, va precisato che, per costante giurisprudenza, un atto amministrativo è meramente confermativo (c.d. conferma impropria) allorchè l'amministrazione dichiara l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere nuova istruttoria e senza una nuova motivazione e dunque senza riaprire i termini per l'impugnazione; invece con la conferma l'amministrazione entra nel merito di una nuova istanza, dopo avere riconsiderato i fatti ed i motivi prospettati dal richiedente, si esprime con una nuova decisione, e dunque con un provvedimento autonomamente impugnabile (tra le tante, Cons. Stato, V, 30 maggio 2016, n. 2275).

In particolare, anche in materia di accesso la giurisprudenza ha affermato che la mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a questo debba riconoscersi carattere meramente confermativo del primo (Cons. Stato, Ad. plen., 20 aprile 2006, n. 7).

E' stato altresì precisato che non si ha diniego meramente confermativo allorchè la successiva istanza di accesso sia fondata su fatti nuovi e su di una diversa prospettazione della legittimazione all'accesso (Cons. Stato, V, 6 novembre 2017, n. 5099).

A questo proposito, va detto che il diniego in questa sede gravato non è epilogo di una rinnovata istruttoria, non potendosi ritenere espressione della medesima la constatazione del fatto che l'amministrazione ha bandito procedure aperte con le categorie OG01 e OS21, alle quali la società Giancaterino non ha inteso partecipare. E', questa, una mera rilevazione fattuale, che esclude una nuova ponderazione degli interessi; né, d'altronde, la motivazione del diniego del 20 agosto 2019 ha un contenuto differente rispetto a quello del diniego in data 27 novembre 2018.

Tali considerazioni, che inducono a ravvisare una conferma impropria, appaiono, del resto, coerenti con la circostanza per cui l'istanza di accesso del 16 luglio 2019 non è fondata su fatti nuovi nè evidenzia un diverso profilo di legittimazione rispetto a quella del 22 novembre 2018, risultando al contrario riprodottriva della precedente, salvo l'ampliato ambito territoriale preso a riferimento, non solo con estensione all'anno 2019, ma anche con una "retrodatazione" al 2014.

Ciò significa che vi è dunque stata una mera modificazione del profilo temporale, non riconducibile nell'ambito dei "fatti nuovi", ovvero di una "diversa prospettazione della legittimazione all'accesso".

7. - Ove peraltro si intenda valorizzare la novazione oggettiva/temporale, deve ritenersi, procedendosi così all'esame del terzo mezzo, che la pretesa ostensiva appare comunque infondata.

Ed infatti la richiesta di prendere visione ed estrarre copia dei provvedimenti concernenti le gare nel periodo 2014-2019, allo scopo di individuare gli operatori invitati, si caratterizza come accesso esplorativo, vietato dall'art. 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990. L'ostensione documentale non può infatti essere finalizzata all'esercizio di un controllo dell'operato dell'amministrazione, allo scopo di verificare eventuali e non ancora definite forme di lesione della sfera dei privati, atteso che l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi deve essere comparato con altri interessi rilevanti, tra cui quello dell'amministrazione a non subire eccessivi intralci nella propria attività gestoria, presidiata anche a livello costituzionale (in termini Cons. Stato, V, 25 settembre 2006, n. 5636).

Neppure è idoneo a superare tale fondamentale obiezione l'assunto dell'appellante secondo cui l'istanza di accesso era limitata alla richiesta degli atti preliminari degli affidamenti intervenuti nel periodo 2014-2019, con riguardo ad appalti (non è indicato neppure se solo di lavori) di valore inferiore e superiore ad euro 40.000,00, trattandosi pur sempre di un'istanza generica, con perimetro temporale dilatato, ed eccessivamente esteso di dati,

che avrebbe comportato un'attività di ricognizione non esigibile dall'amministrazione, cui non può essere imposto un onere di ricerca dei documenti utili al richiedente attraverso la selezione e l'indagine del relativo contenuto.

8. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

La peculiarità della controversia integra le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO