

Publicato il 07/03/2023

N. 00590/2023 REG.PROV.COLL.
N. 03137/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3137 del 2022, proposto da MONTELLO s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia e Pier Paolo Nocito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

CEM AMBIENTE s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi e Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale Osborne Clarke in Milano, Corso di Porta Vittoria, n. 9;

nei confronti

CAP HOLDING s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

COGESER s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

BRIANZACQUE s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 4864/22 del 24 ottobre 2022, con il quale CEM Ambiente s.p.a. ha negato l'accesso agli atti e documenti relativi al procedimento propedeutico alla “realizzazione di un impianto di trattamento rifiuti organici e produzione biometano presso il depuratore di Cassano d'Adda a favore delle società pubbliche Cap Holding SpA – Cem Ambiente Spa e Cogeser SpA” nonché alle determinazioni inerenti l'affidamento del servizio di trattamento della FORSU dei Comuni dell'area metropolitana di Milano, soci di CEM Ambiente.

nonché per la condanna

di CEM Ambiente s.p.a. al rilascio di copia della documentazione oggetto di diniego previo accertamento del diritto all'ostensione dei suddetti atti in capo a Montello s.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CEM Ambiente s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2023 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con nota del 27 settembre 2022, la società Montello s.p.a. ha proposto istanza di accesso agli atti alla società pubblica CEM Ambiente s.p.a. avente ad oggetto tutti gli atti e documenti relativi al procedimento propedeutico alla realizzazione di un impianto di trattamento rifiuti organici e produzione biometano presso il depuratore di Cassano d'Adda a favore delle società pubbliche Cap Holding s.p.a., Cem Ambiente s.p.a. e Cogeser s.p.a., ivi

compresi: a) il protocollo d'intesa, di estremi non conosciuti, stipulato tra le società CAP Holding s.p.a., CEM Ambiente s.p.a., Cogeser s.p.a. e Brianzacque s.p.a., menzionato nel documento recante "Analisi localizzative e di prefattibilità per l'utilizzo di infrastrutture esistenti per il trattamento di matrici organiche", nonché ogni atto e documento allo stesso allegato; b) le delibere, di estremi non conosciuti, assunte dall'organo di amministrazione e gestione della Società in merito alla stipulazione del suddetto Protocollo d'Intesa nonché ogni atto e documento alle stesse allegato; c) ogni ulteriore atto, accordo, intesa comunque denominata, intercorsi tra le suddette società in merito alla iniziativa sopra indicata, ivi compresi gli atti e i documenti relativi al procedimento di costituzione di una società di scopo operante secondo il modello dell'in-house indiretto; d) ogni atto e documento presupposto e collegato alla adozione delle determinazioni sopra richiamate.

Tale istanza è stata presentata sia ai sensi degli artt. 5 e segg. del d.lgs. n. 33 del 2013 (accesso civico) che ai sensi degli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990 (accesso documentale).

La società CEM Ambiente s.p.a., con atto del 24 ottobre 2022, ha respinto l'istanza rilevando: a) quanto alla richiesta di accesso civico, che la documentazione oggetto dell'istanza conterrebbe informazioni riservate in quanto relative a strategie commerciali e dati finanziari rientranti nel know-how aziendale, perciò sottratta all'accesso civico ai sensi dell'art. 5-bis, secondo comma, lett. c), del d.lgs. n. 33 del 2013; b) quanto alla richiesta di accesso documentale ai sensi degli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990, che non sarebbe ravvisabile la sussistenza di un interesse apprezzabile concreto ed attuale ad avere accesso alla documentazione richiesta.

Contro questo atto è diretto il ricorso in esame. La ricorrente chiede inoltre che la società CEM Ambiente s.p.a. venga condannata ad esibire la suindicata documentazione.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, la società CEM Ambiente s.p.a.

La causa è stata trattenuta in decisione in esito alla camera di consiglio del 31 gennaio 2023.

Con il primo motivo di ricorso, l'interessata contesta la parte del provvedimento impugnato con cui viene respinta l'istanza di accesso civico. A questo proposito, sostiene innanzitutto la parte che l'art. 5-bis, secondo comma, lett. c), del d.lgs. n. 33 del 2013 non sarebbe applicabile nella fattispecie in esame, e ciò in quanto tale norma proteggerebbe esclusivamente l'interesse alla riservatezza commerciale dei soggetti privati mentre, nel caso concreto, la documentazione oggetto dell'istanza di accesso contenebbe esclusivamente dati relativi a società pubbliche. Rileva inoltre la ricorrente che, in ogni caso, nel provvedimento impugnato non sarebbero state adeguatamente illustrate le ragioni per le quali l'ostensione degli atti richiesti recherebbe pregiudizio agli interessi delle società controinteressate posto che non sarebbe stato chiarito quali segreti commerciali sarebbero contenuti in tale documentazione e in che modo l'ostensione di quest'ultima possa ledere l'interesse alla riservatezza delle predette società. Aggiunge infine la parte che gli atti per i quali è stata proposta istanza di accesso dovrebbero addirittura essere oggetto di pubblicazione ai sensi dell'artt. 23, lett. d), e 38 del d.lgs. n. 33 del 2013, con la conseguenza che i limiti previsti dall'art. 5-bis dello stesso d.lgs. n. 33 del 2013 non sarebbero nella fattispecie neppure applicabili.

Con il secondo motivo di ricorso, viene contestata la parte del provvedimento impugnato con cui viene negato l'accesso documentale. A questo proposito la parte rileva di svolgere attività imprenditoriale nel settore del trattamento dei rifiuti organici provenienti dalla raccolta differenziata e di operare proprio nella zona in cui è prevista la realizzazione del nuovo impianto il quale, in base a quanto preannunciato da un atto emesso da CAP Holding s.p.a. (determina a contrarre del 4 agosto 2022), dovrebbe essere gestito da una società in house appositamente costituita. Deduce pertanto la stessa parte che, contrariamente da quanto sostenuto nel provvedimento impugnato, essa avrebbe un interesse concreto ed attuale ad accedere alla documentazione

richiesta, posto che la realizzazione del nuovo impianto potrebbe determinare una contrazione del suo volume d'affari e che la conoscenza di tale documentazione sarebbe quindi funzionale alla tutela dei suoi interessi.

Ritiene il Collegio che queste censure siano fondate per le ragioni di seguito esposte.

Come anticipato, con nota del 27 settembre 2022, la società ricorrente ha proposto sia istanza di accesso civico, ai sensi degli artt. 5 e 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013, che istanza di accesso documentale ai sensi degli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990, riguardante gli atti relativi alla realizzazione di un impianto di trattamento di rifiuti organici e produzione di biometano.

L'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 disciplina una particolare forma di accesso agli atti amministrativi denominata, come detto, "accesso civico", che riconosce a chiunque e senza necessità di specificare quale sia l'interesse che si intende soddisfare con la richiesta di ostensione, il diritto di accedere a tali atti. La norma in origine riguardava solo gli atti per i quali non fosse stata effettuata la pubblicazione obbligatoria prevista dalla vigente normativa; successivamente – dopo le modifiche introdotte dall'art 6, comma 1, del d.lgs. n. 97 del 2016 al secondo comma del ridetto art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013 – la possibilità di esercitare il diritto di accesso civico è stata estesa a tutti gli atti amministrativi (e quindi anche a quelli per i quali non sia prevista la pubblicazione obbligatoria), fatte salve le eccezioni stabilite dal successivo art. 5-bis dello stesso d.lgs. n. 33 del 2013. Si parla, in questa seconda ipotesi, di "accesso civico generalizzato".

Come chiarisce la prima parte dell'art. 5, secondo comma, del d.lgs. n. 33 del 2013 la funzione dell'accesso civico generalizzato è quella di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali svolte dalle pubbliche amministrazioni e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico. La giurisprudenza ha poi chiarito che tale particolare forma di accesso, ampliando di molto la possibilità di conoscenza da parte del pubblico delle informazioni detenute

dalla p.a. e, quindi, di partecipazione dei cittadini alla funzione amministrativa ne garantisce la democraticità e ne favorisce il buon andamento; si è quindi ritenuto che l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato costituiscano attuazione dei principi di partecipazione democratica all'attività pubblica, di trasparenza, di buon andamento e di sussidiarietà sanciti negli artt. 1, 2, 97 e 118 Cost. e, che per questa ragione, le determinazioni negative assunte sulle relative istanze necessitano di approfondita motivazione (Corte costituzionale 21 febbraio 2019, n. 20; Consiglio di Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10; id. sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546).

La stessa giurisprudenza ha altresì chiarito che tali istituti non hanno comportato il superamento delle forme di accesso agli atti amministrativi previste dalla legge n. 241 del 1990 ma ne hanno comportato un ampliamento: mentre l'accesso disciplinato da quest'ultima legge è assicurato per consentire al richiedente di soddisfare o tutelare una situazione giuridicamente tutelata e correlata al documento che si intende conoscere (need to know), e consente perciò un accesso più penetrante ma meno esteso, l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato hanno, come detto, la funzione di favorire la partecipazione dei privati alla funzione amministrativa indipendentemente dalla sussistenza di un loro particolare interesse correlato ad una situazione giuridicamente tutelata (right to know), e consente perciò un accesso più esteso ma meno penetrante assicurato solo ove non si superino i limiti indicati dal citato art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013. Essendo le due forme di tutela complementari, la medesima istanza può essere proposta per farle valere entrambe (cfr. Consiglio di Stato, ad plen. n. 10 del 2020 cit.).

Ciò chiarito, si deve ora osservare che fra i limiti previsti dal citato art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013, vi è quello indicato al comma secondo, lett. c), il quale vieta la possibilità di esercitare il diritto di accesso civico generalizzato quando esso possa comportare un pregiudizio concreto alla tutela di un interesse, facente capo ad persona fisica o giuridica privata, di carattere

economico e commerciale, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

Questa previsione ha la finalità di proteggere l'interesse degli operatori economici privati, che svolgono attività in regime di libero mercato, a mantenere riservati dati che, se conosciuti dai concorrenti, darebbero a questi ultimi un indebito vantaggio con conseguente distorsione della concorrenza.

Si deve dunque ritenere in tale quadro che, pur ammettendo che la norma protegga anche gli interessi delle società pubbliche (in quanto enti formalmente privati), sia necessario che il provvedimento che oppone il diniego all'istanza di accesso civico generalizzato illustri adeguatamente le ragioni per le quali la conoscenza della documentazione richiesta possa incidere negativamente sugli interessi economici di tali società, chiarendo quali attività esse svolgano in regime di libera concorrenza e in che modo la rivelazione dei dati possa porle in una posizione di ingiusto svantaggio nei confronti dei concorrenti.

Ciò precisato, va ora osservato che, con il provvedimento impugnato, la società CEM Ambiente s.p.a. si è limitata a rilevare, in maniera del tutto generica, che l'ostensione della documentazione richiesta dalla ricorrente conterrebbe informazioni riservate in quanto relative a strategie commerciali e dati finanziari rientranti nel know-how aziendale, senza però chiarire se le società pubbliche a cui questa documentazione si riferisce svolgano effettivamente attività in regime di libero mercato e le ragioni per le quali la rivelazione dei dati possa distorcere a loro danno la concorrenza.

Si deve pertanto affermare che il diniego opposto all'istanza di accesso civico generalizzato è illegittimo.

Ritiene comunque il Collegio che anche la richiesta di accesso documentale avrebbe dovuto essere accolta.

Come precisato sopra, l'accesso documentale ha la funzione di consentire al titolare di un interesse corrispondente ad una situazione giuridica tutelata correlata ad un documento amministrativo di soddisfare o tutelare tale

situazione giuridica accedendo al documento. Questo interesse, ai sensi dell'art. 22, primo comma, lett. b), della legge n. 241 del 1990, deve essere diretto, concreto e attuale.

Ritiene il Collegio che, nel caso concreto, la ricorrente abbia adeguatamente chiarito quale sia l'interesse sotteso alla sua istanza di accesso, rilevando di essere un operatore del settore potenzialmente pregiudicato dalla decisione di affidare a società in house il servizio di trattamento dei rifiuti organici.

Parte resistente sostiene che questo interesse non sarebbe attuale posto che, al momento, sarebbe stata assunta solo la decisione di affidare un incarico per la redazione di uno studio di fattibilità il quale potrebbe anche portare all'abbandono dell'iniziativa.

Il Collegio non condivide questa argomentazione atteso che la decisione di affidare un incarico per la redazione di uno studio di fattibilità dimostra comunque la sussistenza di una seria intenzione di procedere alla realizzazione del programma, e che quindi occorre già in questa fase consentire a coloro che potrebbero esserne pregiudicati di tutelare i loro interessi accedendo alla relativa documentazione. Si richiama a questo proposito l'art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990 il quale stabilisce che deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Neppure hanno pregio le argomentazioni che deducono la genericità della richiesta posto che il riferimento agli atti riguardanti la realizzazione dell'impianto di cui si discute attribuisce alla richiesta stessa un oggetto ben determinato e facilmente individuabile dalla resistente.

Va dunque ribadito che anche la richiesta di accesso documentale avanzata dalla ricorrente avrebbe dovuto essere accolta.

Per tutte queste ragioni il ricorso è fondato. Gli atti impugnati vanno pertanto annullati e parte resistente deve essere condannata al rilascio della

documentazione richiesta con l'istanza del 27 settembre 2022 entro il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione della presente sentenza.

La complessità delle questioni affrontate induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Bignami, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Celeste Cozzi

IL PRESIDENTE
Marco Bignami

IL SEGRETARIO