

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Enel.it s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marcello Clarich e Mario Libertini, ed elettivamente domiciliato presso gli stessi, in Roma, via del Quirinale, n.26;

contro

Megabyte s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti A. D'Alessandria, B. Pirocchi, A. Brozzi e A. Fioretti, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. A. Brozzi, in Roma, via Baglivi, n. 8;

e nei confronti

Compaq computer s.r.l. (in a.t.i. con Datamax s.p.a.), non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III ter, n. 917/2002;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società appellata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 4-6-2002 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'avv. Clarich e l'avv. Pirocchi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto

FATTO

Enel.it s.p.a. bandiva una procedura negoziata per la fornitura di 1500 computer notebook, cui partecipava Megabyte s.p.a. senza aggiudicarsi la gara.

Quest'ultima chiedeva di accedere agli atti della procedura di gara con istanza che veniva respinta dal Enel.it.

Il Tar ha accolto il ricorso ex art. 25 della legge n. 241/90 proposto da Megabyte, rilevando che:

- Enel.it deve essere qualificato come organismo di diritto pubblico, tenuto conto che la nozione di bisogni di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale non esclude che i bisogni possano essere soddisfatti da società private;

- Enel.it è stata costituita da Enel s.p.a. allo specifico scopo di fornirle i servizi informatici;

- Enel.it opera principalmente a favore di Enel s.p.a., di cui nella sostanza costituisce lo scorporo

della branca informatica, a nulla rilevando la possibilità di offrire detti servizi anche a terzi;

- l'oggetto sociale dello statuto di Enel.it non è indicativo circa la natura della società, perché costituisce solo il limite esterno all'azione sociale, ma non impegna la società al compimento di tutte le attività descritte;

- l'istanza della società ricorrente in primo grado doveva ritenersi motivata con riferimento alla sua posizione di impresa partecipante alla procedura di gara, essendo inoltre irrilevante la scadenza dei termini per proporre impugnazione, essendo l'interesse all'accesso diverso e più ampio di quello all'azione giurisdizionale.

Con il ricorso in appello in epigrafe Enel.it s.p.a. ha chiesto l'annullamento della sentenza n. 917/2002 con la quale il Tar del Lazio ha, come già detto, accolto il ricorso, ex art. 25 della legge n. 241/90, proposto dalla Megabyte s.p.a. avverso la nota del 22-10-2001, con cui Enel.it ha negato alla ricorrente l'accesso agli atti e ai documenti relativi alla procedura negoziata per la fornitura di 1500 personal computer notebook.

L'appello viene proposto per i seguenti motivi:

- 1) inammissibilità del ricorso in primo grado per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto Enel.it è una società privata che, benché appartenente al gruppo Enel, non può essere qualificata quale organismo di diritto pubblico;
- 2) Enel.it è società partecipata interamente da Enel s.p.a., che a sua volta non è organismo di diritto pubblico, dal momento che svolge ormai attività economica in regime di concorrenza (unica attività esercitata ancora in regime di concessione è quella di distribuzione dell'energia tramite la controllata Enel distribuzione s.p.a.);
- 3) Enel.it non è comunque organismo di diritto pubblico, in quanto opera nel settore dell'informatica e della telematica in regime di concorrenza e perseguendo lo scopo di lucro tipico di ogni società privata;
- 4) deve escludersi che i bisogni curati dal Enel.it abbiano natura generale e comunque gli stessi conserverebbero carattere "industriale e commerciale", trattandosi di attività economica consistente nell'offerta di servizi sul mercato dietro corrispettivo e con scopo di lucro;
- 5) sulla base delle precedenti considerazioni Enel.it non è tenuta ad applicare la disciplina sugli appalti pubblici di forniture, né quella sugli appalti nei settori esclusi, non rientrando in alcuna tipologia di amministrazione aggiudicatrice, con la conseguenza non soggezione alla disciplina sull'accesso;
- 6) anche ammettendo l'applicabilità della disciplina di cui al D. Lgs. n. 158/95 (appalti nei settori esclusi), non sarebbe comunque applicabile la disciplina sull'accesso, in quanto Enel.it non gestisce alcun pubblico servizio;
- 7) nei settori esclusi non trova applicazione la disciplina generale sull'accesso ma l'art 27 del D. Lgs. n. 158/95;
- 8) nel caso di specie, il diniego opposto all'istanza di accesso è comunque legittimo, tenuto conto dell'assenza di motivazione dell'istanza e del carattere riservato dei documenti richiesti.

La Megabyte s.p.a. si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto

DIRITTO

1. Oggetto del presente giudizio è l'istanza di accesso, accolta dal Tar, proposta da una società che ha partecipato ad una procedura negoziata, bandita da Enel.it, società del gruppo Enel che opera nel settore dell'informatica e della telematica.

Con il primo motivo Enel.it rileva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Il motivo è privo di fondamento.

Come chiarito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/99), la normativa sull'accesso ha il medesimo ambito di applicazione dell'art. 97 e riguarda quindi gli atti dell'Amministrazione in quanto tali, non rilevando, ai fini dell'accesso, la loro disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica e neppure se, nel caso di controversia, vi sia la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa (di legittimità, esclusiva o di merito).

Di conseguenza, non è prospettabile una questione di giurisdizione in ordine ad una domanda di accesso fondata sull'art. 25 della legge n. 241/1990, in quanto o i documenti richiesti non sono sottoposti alla disciplina sull'accesso ed allora la domanda sarà infondata; o sono soggetti a tale normativa ed allora la giurisdizione del giudice amministrativo non trova limiti, non dovendo essere verificata l'ulteriore questione di giurisdizione in ordine alle controversie aventi ad oggetto gli atti richiesti.

Pertanto, nel caso di specie, il giudice di primo grado ha ritenuto accessibili gli atti sulla base della qualificazione di Enel.it come organismo di diritto pubblico, da cui deriva anche la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle controversie aventi ad oggetto gli atti di gara in questione.

2.1. Con il secondo motivo l'appellante contesta che Enel s.p.a., che possiede il capitale sociale di Enel.it, sia un organismo di diritto pubblico, dal momento che svolge ormai attività economica in regime di concorrenza (unica attività esercitata ancora in regime di concessione è quella di distribuzione dell'energia tramite la controllata Enel distribuzione s.p.a.).

La censura è chiaramente diretta ad escludere la qualificazione di Enel.it come organismo di diritto pubblico, in quanto la non configurabilità della controllante Enel s.p.a. come soggetto pubblico farebbe venire meno il requisito strutturale della sottoposizione di Enel.it ad una influenza pubblica, richiesto per l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico.

Il motivo è infondato.

La Sezione ritiene che Enel s.p.a., oltre a possedere (come si vedrà oltre) i requisiti per essere qualificato come organismo di diritto pubblico, sia comunque un soggetto che mantenga natura pubblicistica anche a seguito della trasformazione in s.p.a. e dell'avviato processo di liberalizzazione del settore dell'energia elettrica.

Al riguardo, si ricorda che la Sezione ha ritenuto che Poste Italiane conservi la natura di soggetto pubblico anche a seguito della trasformazione in s.p.a. (Cons. Stato, VI, n. 1206/2001) ed abbia confermato detta impostazione anche in una recente controversia in materia di diritto di accesso (Cons. Stato, VI, n. 1303 del 5-3-2002).

In dette decisioni è stato evidenziato come dottrina e giurisprudenza, dopo un iniziale contrasto tra i fautori della tesi privatistica delle società per azioni a partecipazione pubblica (cfr., fra tutte, Cass, Sez. Un., n. 4989/95) e quelli della tesi pubblicistica (cfr., Cons. Stato, VI, n. 498/95), si sono orientate nel senso di escludere che la semplice veste formale di s.p.a. sia idonea a

trasformare la natura pubblicistica di soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell'azionista pubblico, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici.

Seppur al diverso fine di giustificare la permanenza del controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni, soggette a privatizzazione solo formale ed al controllo maggioritario da parte dello Stato, anche la Corte Costituzionale ha sottolineato la neutralizzazione della veste societaria rispetto alla natura sostanzialmente pubblicistica dei soggetti in questione (cfr., Corte Cost., n. 466/93).

Come già evidenziato nella citata decisione di questa Sezione n. 498/95, la Corte Costituzionale ha ricordato come la stessa dicotomia tra Ente pubblico e società di diritto privato sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisdizionale, sempre più stemperando, in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (L. 5 marzo 1982 n. 63; L. 19 dicembre 1983 n. 700; L. 22 dicembre 1984 n. 887, art. 18, nono comma; L. 8 giugno 1990 n. 142, art. 22) e, dall'altro lato, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di soggetto pubblico.

E' stato poi sottolineato che le società derivate dalla trasformazione degli Enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica e continuano ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici la cui tutela non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica.

Pertanto, come già rilevato da questa Sezione (cfr., Cons. Stato, VI, n. 1478/98), ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto la forma societaria è neutra ed il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c..

Ciò premesso, non può non rilevarsi come Enel s.p.a., pur avendo assunto la forma societaria, ha continuato ad essere sottoposta ad una disciplina derogatoria rispetto a quella codicistica e sintomatica della strumentalità rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche.

Del resto, i dubbi sull'astratta compatibilità tra la struttura societaria e la natura pubblica di un ente trasformato in s.p.a. devono ritenersi ormai superati a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 18, comma 9, della legge n. 887/84, che ha previsto la costituzione dell'Agecontrol s.p.a. "nelle forme di s.p.a. con personalità giuridica di diritto pubblico" (v. Cons. Stato, VI, n. 1206/2001 e n. 1303/2002).

Affermata dal legislatore tale compatibilità, la questione si sposta sulla verifica in concreto dei criteri, in base a cui individuare la natura pubblica di tali soggetti.

Con riguardo a Enel s.p.a., si osserva che la trasformazione dell'ente in s.p.a. è stata prevista dall'art. 15 del D.L. n. 333/1992, convertito in Legge n. 359/1992.

La costituzione in s.p.a. è, quindi, avvenuta non per un atto di autonomia o per effetto di un contratto, ma ad opera di un intervento legislativo ed in assenza di una pluralità di soci.

Anche a seguito della parziale cessione del capitale a privati tramite collocamento in borsa di parte del capitale sociale di Enel s.p.a. (legge n. 474/1994) e dell'attuazione del processo di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica (D. Lgs. n. 79/1999), si rileva che permangono per Enel s.p.a. le difformità di regime giuridico che consentono di riconoscere alla società per azioni la qualificazione pubblicistica.

L'azionista pubblico (Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, oggi

Ministro dell'economia e delle finanze) non esercita i propri diritti autonomamente, ma, in alcuni casi, secondo le direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri o d'intesa con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, oggi Ministro delle attività produttive (vedi al riguardo: l'art. 15, comma 3, del citato D.L. n. 333/92, conv. in L. n. 359/92; l'art. 16 del medesimo D.L. per le modalità di approvazione del programma di riordino delle partecipazioni di cui all'articolo 15, comprendente la previsione di cessioni di attività e di rami di aziende, scambi di partecipazioni, fusioni, incorporazioni ed ogni altro atto necessario per il riordino; la legge n. 474/1994 per l'articolata procedura di dismissione in parte già attuata; l'art. 3, comma 12, del D. Lgs. n. 79/1999 per le competenze del Ministero delle attività produttive per la cessione dei diritti e delle obbligazioni relative all'acquisto di energia elettrica, comunque prodotta da altri operatori nazionali, da parte dell'ENEL S.p.a. al gestore della rete di trasmissione nazionale; l'art. 8, comma 1 del citato D. Lgs. n. 79/1999 per la approvazione del piano per le cessioni degli impianti predisposto da Enel s.p.a.; l'art. 13, comma 4, dello stesso D. Lgs., che prevede che le azioni della società del gruppo Enel, che svolge l'attività di smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, siano attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze con attribuzione di poteri di indirizzo anche al Ministro delle attività produttive).

Il titolare della maggioranza delle azioni di Enel s.p.a. è, quindi, tuttora in parte condizionato nell'esercizio dei propri diritti di azionista da regole di funzionamento, che costituiscono un'alterazione del modello societario tipico e rivelano la completa attrazione nell'orbita pubblicistica della s.p.a..

Nonostante la sua trasformazione in s.p.a. e la progressiva liberalizzazione del settore dell'energia elettrica, Enel s.p.a. continua ad agire per il conseguimento di finalità pubblicistiche e lo Stato, nella sua veste di azionista di maggioranza, continua a indirizzare le attività societarie a fini di interesse pubblico generale anche al di là e prescindendo dal mero intento lucrativo.

Peraltro, la circostanza evidenziata dall'appellante, secondo cui l'unica attività elettrica esercitata in regime di concessione (distribuzione dell'energia) è gestita da Enel Distribuzione s.p.a. e non da Enel s.p.a. è irrilevante in quanto ai sensi dell'art. 13 del D. Lgs. n. 79/1999 Enel S.p.a. assume le funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell'assetto industriale e delle attività esercitate dalle società da essa controllate, ivi incluse le attività gestite da Enel Distribuzione s.p.a..

Come è evidente, quindi, il Ministro dell'economia e delle finanze, titolare delle azioni delle società derivate dalla "trasformazione" degli enti di gestione, appare fortemente condizionato, nell'esercizio dei suoi diritti di azionista, dall'obbligo di tener conto delle direttive del Presidente del Consiglio, dell'intesa da raggiungere con altri Ministri, nonché, ancora, più a monte, del programma di riordino elaborato in sede pubblica.

Si è senza alcun dubbio in presenza di importanti deroghe rispetto al regime societario tipico che, nel comportare una consistente alterazione dei normali meccanismi di funzionamento degli organismi societari de quibus e una compressione di non poco conto dell'autonomia funzionale degli organi societari con potestà deliberante (derivante dall'aver almeno in parte vincolato le procedure ordinarie di formazione della volontà sociale ad intese e soprattutto ad un atto -il programma- elaborati in sede pubblicistica), costituiscono dati normativi il cui rilievo è decisivo per affermare la natura pubblica delle società in questione (cfr. cit. Cons. Stato, VI, n. 1303/2002).

2.2. L'affermata natura pubblica di Enel s.p.a. è peraltro confermata anche dalla circostanza che la società è qualificabile come organismo di diritto pubblico.

Il recepimento di tale nozione ha contribuito, in via generale, ad allargare l'ambito dei concetti di atto amministrativo e di soggetto amministrativo (con conseguente estensione della giurisdizione del giudice amministrativo), in modo che atti espressione di medesimi interessi sul piano teleologico non vengano distinti in base ad un mero dato formale, costituito dalla veste societaria, peraltro reputato irrilevante dal diritto comunitario (cfr. sul punto dell'ampliamento degli ambiti

oggettivi e soggettivi della nozione di atto amministrativo: cit. Cons. Stato, VI, n. 1478/98 e n. 1206/2001; Cons. Stato, V, n. 2078/2000).

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, Enel s.p.a. deve essere considerato organismo di diritto pubblico perché possiede i tre requisiti, cui la normativa nazionale, ricalcando quella comunitaria, subordina l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico, in quanto:

- a) il requisito della personalità giuridica è soddisfatto dalla veste di società per azioni;
- b) la sottoposizione ad una influenza pubblica non è in contestazione, trattandosi di s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica;
- c) deve ritenersi sussistente anche il fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

Con riguardo a tale ultimo requisito, si osserva che, affermata in precedenza la "neutralità" della veste formale di s.p.a., appare evidente che la gestione del servizio di distribuzione dell'energia, tramite la controllata Enel Distribuzione s.p.a., ferme restando le funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell'assetto industriale e delle attività esercitate dalle società da Enel s.p.a. controllate, costituisce un servizio pubblico inteso al soddisfacimento dei bisogni generali della collettività.

Tenuto conto che per bisogno non industriale o commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività, il requisito deve ritenersi soddisfatto dalla circostanza che trattasi di società costituita per il principale fine di gestire (anche attraverso le controllate) le attività di produzione e distribuzione dell'energia elettrica, tuttora solo in parte "liberalizzate", secondo criteri non propri di un soggetto privato, ma influenzati dallo stretto legame della società al potere pubblico e dalla reale capacità di quest'ultimo di incidere dall'esterno -e non semplicemente mediante il normale funzionamento dei meccanismi societari- sull'attività dell'ente, sì da garantirne la coerenza rispetto alle finalità pubbliche che attraverso lo stesso si intende perseguire.

Deve anche essere precisata l'irrilevanza dello svolgimento da parte dell'organismo di altre attività; la Corte di Giustizia CE ha, infatti, chiarito che il requisito del fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, non implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, ed anzi consente l'esercizio di altre attività (cfr., Corte Giust., 15-1-98, C - 44/96, Mannesmann, punti 26 e 31 - 35).

Deve quindi concludersi che Enel s.p.a. è comunque qualificabile come organismo di diritto pubblico.

3. Con ulteriore motivo l'appellante sostiene che Enel.it non è comunque organismo di diritto pubblico, in quanto opera nel settore dell'informatica e della telematica in regime di concorrenza e perseguendo lo scopo di lucro tipico di ogni società privata, evidenziando che deve escludersi che i bisogni curati dal Enel.it abbiano natura generale e comunque gli stessi conserverebbero carattere "industriale e commerciale", trattandosi di attività economica consistente nell'offerta di servizi sul mercato dietro corrispettivo e con scopo di lucro.

Anche tale censura è priva di fondamento.

Non è in discussione la sussistenza dei primi due requisiti per l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico, in quanto il requisito della personalità giuridica è soddisfatto dalla veste di società per azioni e la sottoposizione ad una influenza pubblica è diretta conseguenza della natura pubblica della controllante Enel s.p.a., accertata nel punto precedente.

Si tratta di verificare il terzo requisito, costituito, come noto, dal fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

Come sottolineato in precedenza, il fatto che l'attività di Enel.it sia costituita dall'offerta di beni o servizi dietro corrispettivo e a scopo di lucro non costituisce indice risolutivo ai fini sopraindicati.

Pur essendo vero che non è sufficiente che una società sia costituita da un soggetto pubblico perché questa venga considerata organismo di diritto pubblico, si osserva che l'analisi del requisito funzionale deve avvenire non in astratto sulla base delle attività in ipotesi esercitabili dalla società e consentite dall'oggetto sociale, ma in concreto con riguardo alle attività effettivamente svolte da quella società.

Ciò premesso, deve ritenersi accertato che, come evidenziato dal Tar, Enel.it svolga attività prevalentemente in favore della controllante Enel s.p.a.; sul punto, le contestazioni mosse con il ricorso in appello devono ritenersi superate sulla base degli stessi estratti del bilancio 2000 e del progetto di bilancio 2001 di Enel.it, da cui risulta che in proventi della società derivano principalmente dalla controllante, come peraltro ammesso dai difensori di Enel.it all'odierna udienza (era comunque onere dell'appellante confutare l'affermazione contenuta nella decisione impugnata con la dimostrazione, non fornita, della esistenza di rilevanti proventi "esterni").

Tale circostanza risulta decisiva per il riconoscimento del menzionato requisito funzionale.

Fino a quando l'attività di Enel.it rimarrà principalmente orientata nel fornire beni e servizi (informatici) alla controllante Enel s.p.a., si tratterà nella sostanza del mero scorporo della branca informatica di Enel s.p.a. attraverso la costituzione di un soggetto, formalmente distinto, ma che è guidato chiaramente dagli stessi criteri, che guidano il soggetto controllante e che, nel caso di specie come già visto, sono influenzati dal legame con il potere e le finalità pubbliche.

Dette conclusioni non si pongono in contrasto con la giurisprudenza comunitaria, richiamata dall'appellante e, in particolare, con la recente sentenza della Corte di Giustizia C sul caso Ente Fiera di Milano (Corte Giust. CE, 10-5-201, C 223 e 260/99).

A prescindere dal fatto che anche questo Consiglio di Stato era già pervenuto alla conclusione della non qualificabilità dell'Ente Fiera di Milano come organismo di diritto pubblico (v. Cons. Stato, VI, n. 1267/98, con cui è stato superato il precedente costituito da Cons. Stato, VI, n. 353/95), si osserva che i principi affermati dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza non comportano la medesima conclusione per la società Enel.it.

La Corte di Giustizia, infatti, sottolinea come i bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale siano, in genere, bisogni che, da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e che, dall'altro, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce soddisfare direttamente ovvero nei confronti dei quali intende mantenere un'influenza determinante (v., in tal senso, la citata sentenza Ente Fiera, punto 37 e Corte Giust. CE, 10-11-1998, C - 360/95, Arnhem - BFI Holding, punti 50 e 51).

Continua la Corte affermando che, se è pur vero che la nozione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non esclude bisogni che siano parimenti soddisfatti o possano esserlo da imprese private (v. sentenza BFI Holding, citata supra, punto 53), l'esistenza di una concorrenza articolata, in particolare la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazione di concorrenza sul mercato, può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratta di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale.

Sulla base di tali premesse la Corte di Giustizia ha escluso il requisito funzionale idoneo a qualificare l'Ente Fiera di Milano come organismo di diritto pubblico, rilevando che:

- l'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe costituisce un'attività economica che consiste nell'offrire servizi sul mercato dietro versamento di un corrispettivo; mediante la propria attività l'ente soddisfa quindi bisogni di natura commerciale;

- non si tratta di bisogni al cui soddisfacimento lo Stato preferisce in generale provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante;

- la circostanza che l'Ente Fiera di Milano operi in un ambiente concorrenziale tende a confermare l'interpretazione secondo cui l'attività consistente nell'organizzare fiere ed esposizioni non soddisfa il menzionato criterio richiesto per l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico.

A differenza dell'Ente Fiera di Milano, Enel.it, pur potendo in astratto operare con l'offerta di servizi sul mercato, allo stato fornisce servizi e beni principalmente alla controllante Enel s.p.a., avente natura pubblica come già detto.

Il fatto che nel settore informatico esista la concorrenza non è sufficiente ad escludere la possibilità che una società controllata da altro organismo di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche.

Come rilevato anche dalla Corte di Giustizia, un soggetto di tal genere potrebbe essere indotto a subire perdite economiche al fine di perseguire una determinata politica di acquisti dal soggetto controllante, da cui dipende strettamente (v. cit. Corte Giust. Ce, Arnhem - BFI Holding, punto 43).

Del resto, la stessa Corte di Giustizia, al diverso fine di verificare l'applicabilità della direttiva sugli appalti pubblici di forniture (Dir. Consiglio 14-6-93, 93/36/CEE), ha affermato che è sufficiente che il contratto di fornitura sia stato stipulato da un soggetto pubblico da un lato e dall'altro da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, precisando però che non ricorre tale ipotesi nel caso in cui il soggetto pubblico "eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano" (Corte Giust. CE, 18-11-99, C - 107/98, Teckal, punti 50 e 51).

L'affermazione di tale principio dimostra che la costituzione di un soggetto con autonoma personalità giuridica non è di per sé sufficiente ad escludere l'appartenenza di quel soggetto all'apparato che lo controlla, ma anzi proprio sulla base degli stessi indici rilevati per Enel.it (attività svolta essenzialmente per la controllante) viene ritenuta la sostanziale identità tra organismo strumentale e soggetto pubblico "ausiliato" dallo stesso.

Dunque, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, Enel.it deve essere considerato un organismo di diritto pubblico, svolgente attività strettamente funzionalizzata ai bisogni di Enel s.p.a., di cui nella sostanza costituisce una divisione (informatica), solo formalmente costituita in soggetto distinto con la conseguenza che si tratta di un soggetto che "partecipa" alle stesse finalità della controllante Enel s.p.a. anche sotto il profilo dello scopo del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

4. Le precedenti considerazioni dimostrano che Enel.it, contrariamente a quanto sostenuto nell'ulteriore motivo di ricorso proposto, è tenuta, quale organismo di diritto pubblico, ad applicare la disciplina sugli appalti pubblici di forniture.

5. Secondo l'appellante, anche ammettendo l'applicabilità della procedura ad evidenza pubblica (o di una procedura negoziata), non sarebbe comunque invocabile la disciplina sull'accesso, in quanto Enel.it non gestisce alcun pubblico servizio.

Anche tale motivo è infondato.

Si è già illustrato come la Sezione nei citati precedenti abbia affermato che il recepimento della nozione di organismo di diritto pubblico ha contribuito, in via generale, ad allargare l'ambito dei concetti di atto amministrativo e di soggetto amministrativo.

Con riguardo alla disciplina dell'accesso, la nozione di pubblica amministrazione e più in generale dei soggetti indicati dall'art. 23 della legge n. 241/90 deve essere intesa in senso ampio tale da ricomprendere anche gli organismi di diritto pubblico.

Pertanto, nel caso di specie, la qualificazione di Enel.it come organismo di diritto pubblico deriva dal riconoscimento che si tratta di un soggetto che opera quale "branca informatica" di Enel s.p.a., gestore di pubblico servizio.

Pertanto, non appare ragionevole una interpretazione che condurrebbe a ritenere assoggettato alla disciplina sull'accesso l'attività di una divisione (informatica) di Enel s.p.a. e non soggetta la (sostanzialmente analoga) attività svolta da un organismo solo formalmente separato.

Il principio di trasparenza, cui è finalizzata la normativa in materia di accesso, abbraccia ogni attività espletata in ossequio al principio di imparzialità della P.a., intesa in senso ampio..

L'accesso va quindi garantito nei casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno imponga al soggetto pubblico (anche organismo di diritto pubblico) l'attivazione di procedimenti per la formazione delle proprie determinazioni, in specie per la scelta dei propri contraenti.

Al fine di evitare irragionevoli discriminazioni nel regime giuridico proprio di soggetti parimenti deputati all'esercizio di attività ascrivibili a soggetti pubblici e soggette ai principi di imparzialità e trasparenza, si osserva che la conformazione in senso pubblicistico di talune strutture soggettive finisce inevitabilmente per ampliare il novero delle attività nel cui esercizio si impone la rigorosa osservanza del principio di imparzialità e conseguentemente di trasparenza, cui il diritto di accesso è funzionale.

Deve quindi ritenersi che gli atti di una procedura ad evidenza pubblica (o anche di una procedura negoziata), indetta da un organismo di diritto pubblico, siano "accessibili" ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/90.

6. E' infondato l'ulteriore motivo, con cui la società appellante deduce che nei settori esclusi non trova applicazione la disciplina generale sull'accesso, ma l'art 27 del D. Lgs. n. 158/95.

La gara in questione non costituisce, infatti, al di là della qualificazione data da Enel.it, un appalto nei settori esclusi in quanto l'acquisto di 1500 notebook non è collegato strettamente allo scopo istituzionale di un soggetto operante nei c.d. settori esclusi.

Comunque, la previsione di cui all'art. 27 del D. Lgs. n. 158/95 non comporta l'inapplicabilità della disciplina generale sull'accesso, ma risulta idonea a giustificare le sole limitazioni previste dal comma 4 della norma.

7. E' infine infondato anche l'ultimo motivo, con cui si sostiene che il diniego opposto all'istanza di accesso è comunque legittimo, tenuto conto dell'assenza di motivazione dell'istanza e del carattere riservato dei documenti richiesti.

Infatti, sotto il primo profilo, è sufficiente sottolineare che la posizione di impresa partecipante alla gara è sufficiente per giustificare la richiesta di accesso agli atti della medesima gara, senza necessità di particolari motivazioni.

Per quanto attiene all'asserito carattere riservato degli atti richiesti, si rileva che la presentazione di un'offerta in una gara presuppone una valutazione comparativa con le altre offerte e non è di per sé

coperta da esigenze di riservatezza, in assenza di contrari elementi non forniti dall'appellante.

Come rilevato dal Tar, tale conclusione non è condizionata dalla contestazione in sede giurisdizionale della gara, dal momento che le ragioni di trasparenza, cui l'accesso è funzionale, comportano una definizione di interesse all'accesso, diversa e più ampia di quella all'interesse all'impugnazione; di conseguenza la mancata impugnazione non può in alcun modo restringere l'originaria portata del diritto di accesso.

8. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

PQM

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta,, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 4-6-2002 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo Presidente

Sergio Santoro Consigliere

Chiarenza Millemaggi Cogliani Consigliere

Pietro Falcone Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere Est

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 17 SET. 2002.

Utente: Univ. degli Studi di Bologna Univ. degli Studi di Bologna
www.iusexplorer.it - 18.10.2018

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156