



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

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10169 del 2009, proposto da:
S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. ,
rappresentata e difesa dagli avv.ti e
I con domicilio eletto presso Antonio Mercuri in Roma, via

contro

-Regione Lazio e Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentati e
difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei
n.12;

-Azienda Usl Roma B, non costituita;

nei confronti di

Srl, non costituita;

per la riforma

della ordinanza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUATER n.
01330/2009, resa tra le parti, concernente ACCESSO AGLI ATTI RELATIVI
AL RILASCIO AUTORIZZAZIONE ESPLETAMENTO SERVIZIO DI
TRASPORTO SANITARIO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della regione Lazio e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2010 il Cons. Aniello Cerreto e udito per l'appellante l'avvocato _____ per delega dell'Avv. _____;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe il TAR Lazio, nella pendenza di un giudizio di impugnazione, ha dichiarato inammissibile l'istanza proposta al Presidente della sezione, ex art. 25, comma 5°, L. 7 agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni, dalla società _____ rivolta ad accertare l'illegittimità del diniego implicito di accesso opposto dalla Regione Lazio nei confronti dell'istanza diretta ad ottenere copia della documentazione e dei provvedimenti relativi al rilascio dell'autorizzazione ex L. R., n.49/1989 in favore della società _____ e conseguente inclusione di essa nelle liste delle società autorizzate dalla Regione per l'espletamento del servizio di trasporto sanitario.

In particolare, il TAR ha ritenuto che la richiesta di accesso non riguardasse un interesse attuale ai fini della tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e comunque fosse diretta ad ottenere atti frutto di attività di indagine dell'Amministrazione e non già esistenti e determinati

2. Avverso detta ordinanza ha proposto appello la ricorrente originaria, osservando quanto segue;

- nel ricorso n. 10959/2008, pendente presso lo stesso Tar, la Società aveva impugnato gli atti della gara per il servizio triennale del trasporto di materiale

biologico, indetta dalla ASL Roma/B ed aggiudicata alla _____, sostenendosi che l'aggiudicataria non poteva essere autorizzata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a munire i propri veicoli di dispositivi di segnalazione acustica poiché la medesima non aveva alcuna autorizzazione da parte della Regione ex L.R. n.49/1989; autorizzazione che invece aveva ottenuto successivamente alla notificazione del ricorso (avvenuta nel novembre 2008);

-di conseguenza aveva interesse attuale a conoscere gli atti del procedimento sulla cui base era stata rilasciata l'autorizzazione ex L.R. n.49/1989 a favore della _____ con indicazione della relativa data, e della conseguente inclusione negli elenchi delle società autorizzate dalla regione Lazio per l'espletamento del servizio di trasporto sanitario;

-la documentazione richiesta è ben individuabile e non richiede l'elaborazione di atti;

-l'accesso non è rivolto a verificare genericamente l'operato dell'Amministrazione ma a stabilire la legittimità della indicata procedura di gara.

Ha concluso per l'accoglimento dell'appello ai fini del rilascio di copia della documentazione richiesta.

Alla camera di consiglio del 9 marzo 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3.L'ordinanza c.d. "istruttoria" del TAR è nella specie senz'altro appellabile.

L'art. 25, comma 5°, L. n.241/1990 stabilisce, per quanto interessa, che "In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. La decisione del Tribunale è appellabile, entro trenta giorni dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini. Le controversie

relative all'accesso ai documenti amministrativi sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

Ora, pur avendo il legislatore qualificato espressamente come istruttoria l'ordinanza che chiude, davanti al Giudice di primo grado, "l'incidente di accesso", deve osservarsi che sono comunque impugnabili i provvedimenti del giudice amministrativo di primo grado che, pur non avendo la forma esteriore di sentenza, abbiano un reale contenuto decisorio della controversia, il ch  si verifica allorch  essi esplicitamente o implicitamente risolvano in tutto o in parte la questione che oppone le parti, ovvero un punto pregiudiziale di essa, dal momento che . al fine di stabilire se un provvedimento abbia natura di sentenza o di ordinanza,   decisiva non gi  la forma adottata ma il suo contenuto in base al principio della prevalenza in materia della sostanza sulla forma (V. Cass. S.U. 11 dicembre 2007 n. 2537).

Con particolare riferimento all'ordinanza che decide il ricorso in materia di accesso in corso di causa, questo Consiglio di Stato, ha operato una distinzione, che il Collegio condivide, tra ordinanze che si pronunciano sul ricorso accogliendolo o respingendolo in relazione ai presupposti inerenti all'accesso in quanto tale, e ordinanze che respingono il ricorso perch  ritengono i documenti richiesti non utili ai fini del giudizio in corso. Nel primo caso l'ordinanza ha natura decisoria ed   appellabile sia nel caso in cui il giudice escluda l'accessibilit  sulla base della ritenuta carenza dei presupposti previsti dalla disciplina dell'accesso, sia nel caso in cui il giudice accolga la domanda di accesso ritenute sussistenti le condizioni legittimanti l'ostensione senza passare al vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso. Nel secondo caso l'ordinanza ha natura meramente istruttoria e non   appellabile autonomamente (cfr. Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2004 n. 1629; sez. V 9 dicembre 2008 n.6121.).

Nella specie, il TAR ha respinto l'istanza ritenendo insussistenti i presupposti richiesti per consentire l'accesso e perciò la relativa decisione è soggetta ad impugnazione.

4.L'appello è anche fondato nel merito.

La ricorrente ha interesse attuale a conoscere gli atti del procedimento sulla cui base era stata rilasciata l'autorizzazione ex L.R. n.49/1989 a favore della con indicazione della relativa data, e della conseguente inclusione negli elenchi delle società autorizzate dalla regione Lazio per l'espletamento del servizio di trasporto sanitario, dal momento che ha un ricorso pendente presso lo stesso Tar avverso gli atti di una gara sostenendosi che l'aggiudicataria avrebbe conseguito tale necessaria autorizzazione solo dopo la notificazione del ricorso (novembre 2008).

Inoltre, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'accesso non è rivolto a verificare genericamente l'operato dell'Amministrazione ma a stabilire la legittimità della indicata procedura di gara.

Infine, nonostante una certa imprecisione della domanda di accesso in quanto non sono stati indicati gli estremi dell'autorizzazione in contestazione, la documentazione richiesta è ben individuabile, essendo stato precisato l'anno in cui tale autorizzazione sarebbe intervenuta (2008) e comunque il suo accoglimento non abbisogna dell'elaborazione di atti ma l'ostensione degli atti e provvedimenti esistenti.

E' pur vero, come riconosce pacificamente la giurisprudenza, che il diritto d'accesso riguarda esclusivamente documenti già esistenti e detenuti dall'Amministrazione, così che esso non può essere invocato allorché lo stesso interessato non chieda l'esibizione di documenti di cui sia certa l'esistenza, ma intenda provare l'esistenza di documenti che egli afferma essere stati a suo tempo formati (Consiglio di Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7463; id., sez. IV, 22

febbraio 2003, n. 961; id., sez. VI, 25 settembre 2002, n. 4883; id., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1346). Infatti, ammettendo una richiesta di esibizione di documenti non corredata con la prova dell'esistenza delle notizie riferibili all'interesse di cui l'istante è titolare in essi contenute, essa si trasformerebbe in un inammissibile strumento di controllo sull'attività stessa (Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 218).

Ma , una posizione eccessivamente rigida impedirebbe di fatto al privato ogni tipo di accesso di fronte ad un'Amministrazione neghittosa con riferimento ad atti di cui non si conoscano gli esatti termini di identificazione, per cui si è precisato che se il ricorrente fornisce argomenti e indizi circa l'esistenza degli atti a cui chiede l'accesso e l'Amministrazione non fornisca la prova a sostegno del proprio assunto dell'inesistenza dei documenti richiesti (e nella specie manca qualsiasi contestazione dell'esistenza degli atti e documenti richiesti) , correttamente il Giudice ordina l'accesso, residuando un problema di esecuzione del giudicato, se del caso mediante commissario ad acta, relativamente alla ricerca materiale dei documenti, fermo restando che il giudicato che ordina l'accesso sarà evidentemente eseguibile nei limiti in cui i documenti esistono (Consiglio di Stato, sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3853). Si tratta quindi di un modo di bilanciare le limitate possibilità di conoscenza dei fatti da parte del privato con i poteri istruttori concessi al giudice amministrativo (Sez. IV 10 dicembre 2009 n. 7725).

5.In conclusione, l'appello va accolto ed in riforma della sentenza appellata va disposta a carico della Regione Lazio la ostensione della documentazione richiesta dal ricorrente.

Spese ed onorari di lite dei due gradi , tenuto conto della particolarità della vicenda contenziosa, possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma dell'ordinanza appellata, dispone a carico della regione Lazio l'esibizione dei documenti richiesti.

Compensa spese ed onorari dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione