

Pubblicato il 17/05/2018

N. 00288/2018REG.PROV.COLL.

N. 01011/2017 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1011 del 2017, proposto da Nautilus Aviation s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lucia Di Salvo, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Notarbartolo, n. 5;

contro

Enel Produzione s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Comandé con domicilio eletto presso lo studio Carlo Comandé in Palermo, via Caltanissetta 2/D;
Enel s.p.a., Enel Trade s.p.a. non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. Sicilia – Palermo, sez. II n. 2509/2017, resa tra le parti, che ha dichiarato improcedibile il ricorso (n. RG 1562/2017) concernente annullamento:

- del silenzio-diniego formatosi sull'istanza inviata a mezzo pec dall'impresa appellante, in data 12/04/2017 a Enel s.p.a., Enel produzione s.p.a. e ad Enel Trade s.p.a. e reiterata, sempre a mezzo pec, in data 23/05/2017
- nonché della nota Enel-PRO- 29/05/2017-0018082 avente ad oggetto: “Area Serbatoi carburante della centrale Elettrica “Ettore Majorana” di Termini Imerese (PA) – società Nautilus Aviation s.p.a. – atto di invito e diffida con istanza di accesso agli atti”, a mezzo della quale è stato negato l'accesso agli atti;
- nonché per l'emanazione dell'ordine di esibizione degli atti richiesti a mezzo della sopra indicata istanza di accesso e segnatamente:
 1. di copia dell'eventuale avviso pubblico (e/o atto equivalente) a mezzo del quale è stata indetta la procedura relativa all'assegnazione dell'area serbatoi carburante della centrale elettrica “Ettore Majorana” di Termini Imerese (PA), nonché indicazione delle forme a mezzo delle quali ridetto avviso è stato pubblicato e dunque reso noto erga omnes;
 2. di copia di tutti gli atti relativi alla procedura di gara;
 3. di copia del provvedimento di aggiudicazione o atto equipollente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Enel Produzione s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli artt. 35, co. 1 lett. c), 38 e 85, co. 9, c.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2018 il Cons. Maria Immordino e uditi per le parti gli avvocati Di Salvo Lucia per Nautilus Aviation Spa e Comandè Carlo per Enel;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'atto di appello in esame si contesta la sentenza del TAR Sicilia – Palermo, sez. II n. 2509/2017, con cui è stato dichiarato improcedibile il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento:

- del silenzio - diniego formatosi sull'istanza inviata a mezzo pec dall'impresa appellante, in data 12/04/2017 a Enel s.p.a., Enel produzione s.p.a. e ad Enel Trade s.p.a. e reiterata, sempre a mezzo pec, in data 23/05/2017;

- nonché della nota Enel-PRO- 29/05/2017-0018082 avente ad oggetto: “Area Serbatoi carburante della centrale Elettrica “Ettore Majorana” di Termini Imerese (PA) – società Nautilus Aviation s.p.a. – atto di invito e diffida con istanza di accesso agli atti”, a mezzo della quale è stato negato l'accesso agli atti;

- nonché per l'emanazione dell'ordine di esibizione degli atti richiesti a mezzo della sopra indicata istanza di accesso e segnatamente:

1. copia dell'eventuale avviso pubblico (e/o atto equivalente) a mezzo del quale è stata indetta la procedura relativa all'assegnazione dell'area serbatoi carburante della centrale elettrica “Ettore Majorana” di Termini Imerese (PA), nonché indicazione delle forme a mezzo delle quali ridetto avviso è stato pubblicato e dunque reso noto *erga omnes*;

2. copia di tutti gli atti relativi alla procedura di gara;

3. copia del provvedimento di aggiudicazione o atto equipollente.

Ad avviso del Giudice di prime cure gli atti dei quali si chiede l'accesso non sono riconducibili alla nozione di servizio pubblico e sono pertanto estranei alla “ratio” di trasparenza sottesa all'istituto dell'accesso, anche come garanzia di imparzialità. Con la conseguente dichiarazione di improcedibilità del ricorso, avendo l'istanza di accesso ad oggetto la richiesta di copia di atti riconducibili ad un iter procedurale di “evidenza pubblica” avviato da Enel Produzione s.p.a. nel dismettere l'area serbatoi di carburante sita nella centrale elettrica “Ettore Majorana” di Termini Imerese (PA).

Sulla base di tale presupposto, ossia la riconducibilità degli atti dei quali si chiede l'accesso ad una procedura ad evidenza pubblica, anche la doglianza avanzata dalla ricorrente di violazione, fra gli altri, degli artt. 13 d.lgs. n. 163/2006 e 53 d.lgs. n. 50/2016, codice dei contratti pubblici, disciplinanti, appunto, l'accesso agli atti nelle procedure di gara.

Orbene, dagli atti e documenti depositati dalle difese di Enel Produzione emerge che per la dismissione dell'asset di cui trattasi non si è svolta nessuna procedura ad evidenza pubblica, avendo l'impresa contattato un advisor (Deloitte) per l'individuazione dei soggetti interessati all'investimento, con conseguente stipula di un contratto privato di cessione di ramo di azienda. Trattandosi, pertanto, di atti, quelli dei quali si chiede l'ostensione, per ammissione della stessa impresa intimata, non esistenti, non può esserne disposta, come sostiene il TAR nella sentenza impugnata, l'esibizione. Con conseguente pronuncia di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse non potendosi in quella sede conoscersi di istanza di accesso avente ad oggetto atti non richiesti (quelli relativi all'attività dichiaratamente privatistica di dismissione dell'asset di cui trattasi).

2. Con l'appello si lamenta l'erroneità della sentenza per travisamento dei fatti a causa dell'errata applicazione delle disposizioni costituzionali di cui agli artt. 24 e 97; la violazione e falsa applicazione delle disposizioni che disciplinano il diritto di accesso di cui alla l. n. 241/1990 delle disposizioni del d.lgs. n. 97/2016; degli artt. 13 e 53, rispettivamente del codice dei contratti pubblici di cui ai d.lgs. n. 163/2006 e n. 50/2016.

3. L'appello è infondato e con esso le censure che lo veicolano.

Il fulcro della questione attiene, in primo luogo alla qualificazione di Enel s.p.a. e delle sue partecipate quali "organismi di diritto pubblico" o "amministrazioni". Come emerge dagli atti del giudizio, l'appellante Nautilus rinviene il presupposto del suo diritto ad accedere agli atti della procedura attivata da Enel Produzione s.p.a. per

la individuazione di un operatore interessato all'acquisto di un compendio aziendale comprendente un parco serbatoi e delle infrastrutture a suo servizio quali oleodotto e pontile, nella ritenuta qualificabilità di Enel e delle sue partecipate – quale è Enel Produzione (cfr. certificato camerale, doc. 5) – quali “organismi di diritto pubblico” o “amministrazioni”, con conseguente collegamento del suo diritto di accesso agli atti richiesti alla natura pubblicistica di Enel e delle sue partecipate.

A questo riguardo, va ricordato che Enel s.p.a., costituita come società di capitali in attuazione del d.l. n. 333/1992 e la cui “privatizzazione” è disciplinata dal d.l. n. 332/1994, abbia successivamente costituito, in attuazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 79/1999, le società da essa partecipate, tra cui Enel Produzione, per il tramite delle quali persegue i propri scopi statutari.

Orbene, secondo una basilare decisione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, n. 6820/2011), fondata sui principi fissati dall'Adunanza Plenaria con decisione n. 16/2011, Enel s.p.a. è un'impresa pubblica, come lo sono le imprese ad essa collegate nate *ope legis* dallo scorporo di alcune delle sue attività – operante nell'ambito dei c.d. settori speciali ed, in particolare, nel settore della produzione e distribuzione dell'elettricità, di cui all'art. 208 del d.lgs. n. 163/2006 (norma vigente all'epoca dell'avvio della procedura in esame). Secondo, quindi, la citata decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011, il discrimine per l'assoggettamento alle regole e principi, anche concernenti il diritto di accesso, di un'impresa pubblica va rinvenuto nel fatto che la stessa operi o meno all'interno dei c.d. “settori speciali”. Poiché in questi casi essa svolge un servizio di interesse economico generale, in sostituzione dell'attività amministrativa, e come tale è assoggettata alle medesime regole vigenti in capo alle pubbliche amministrazioni, anche per quel che riguarda la osservanza dei principi in materia di accesso agli atti. “Viceversa, al di fuori di questi settori speciali, cioè fuori dell'ambito degli oggettivi servizi pubblici nominati, non vi è sostituzione all'attività amministrativa e pertanto

non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti, mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale; vengono infatti meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi; l'impresa pubblica è comunque un'impresa e come tale agisce anch'essa con rischio, fine di lucro (art. 2082 cod. civ.) e moduli privatistici" (Cons. Stato, A.P., 1 agosto 2011, n. 16). Ne emerge che, allorquando le imprese pubbliche operino al di fuori dei c.d. settori speciali, esse si svestono del loro ruolo "pubblico", tornando ad assumere prevalenza assoluta la natura privatistica delle stesse, che le legittima ad agire come un qualsiasi operatore privato del mercato.

Nel caso in oggetto, la procedura contrattuale della quale si discute, costituendo un contratto attivo di vendita di assets proprietari non più utili per la missione istituzionale, esula dai settori speciali e dal *core business* aziendale di Enel e di Enel Produzione, ossia la produzione e distribuzione di energia elettrica.

Non vi è pertanto un obbligo legislativo di rispettare procedure di evidenza pubblica per la vendita del bene.

In difetto di norme legislative che impongano l'adozione di un "procedimento amministrativo", la vendita del bene può essere posta in essere dall'impresa pubblica con le forme del diritto privato, e per l'effetto non possono essere applicate le regole pubblicistiche in materia di diritto di accesso agli atti della relativa procedura.

Invero, con specifico riferimento al diritto di accesso come disciplinato dal legislatore, l'art. 22 l. n. 241/1990, come modificato nel 2005, nel definire la nozione di "pubblica amministrazione", ai fini dell'esperibilità del diritto di accesso, vi fa rientrare "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato", ma quest'ultimi " limitatamente alla loro attività di pubblico interesse, disciplinata dal diritto nazionale o comunitario". Si tratta di una novità rispetto all'originario testo

dell'art. 22 che non faceva alcun cenno ai "limiti", che, invece, ora circoscrivono l'accesso con riferimento all'attività dei soggetti privati, chiamati a svolgere funzioni di interesse pubblico.

Orbene, nella questione oggetto del presente giudizio, manca nello svolgimento dell'attività di dismissione del parco serbatoi da parte della società appellata quella "intensa connotazione pubblicistica", necessaria per il riconoscimento in capo all'appellata Enel Produzione s.p.a. dell'obbligo di consentire l'accesso, di cui agli artt. 22 e seguenti della l. n. 241 del 1990. Ciò in quanto, come detto, si tratta di una attività svolta al di fuori della procedura di evidenza pubblica, di natura privatistica, non connotata da elementi di pubblico interesse, che connotano la ratio legis della trasparenza dell'azione amministrativa.

4. Tutte le altre questioni sollevate con l'atto di appello (volte a contestare la accusa di genericità dell'istanza di accesso e a dimostrare l'interesse all'accesso e l'esistenza degli atti richiesti) restano assorbite dalle precedenti statuizioni, con cui si è escluso che l'attività di dismissione di un asset proprietario non necessario per lo svolgimento di un servizio di interesse economico generale, da parte di una impresa pubblica, sia soggetta a regole di evidenza pubblica e al diritto di accesso.

5. La peculiarità della lite giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite; nulla per le spese quanto alle parti non costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate tra le parti costituite; nulla per le spese nei confronti delle parti non costituite.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Silvia La Guardia, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Immordino

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO