



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 2389 del 2023, proposto da C.E.D.E.S.- Costruzioni Edilizie e Stradali - S.r.l. in liquidazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Angelelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Manca in Roma, via Bergamo n.3;

contro

Cap Holding S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

Comune di Abbiategrasso, Amaga - Azienda Multiservizi Abbiatense Gestioni Ambientali - Spa, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano, sez. I, n. 31/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cap Holding S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Manca, in dichiarata delega dell'Avv. Angelelli, e Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con istanza in data 30 aprile 2022, la C.E.D.E.S. s.r.l. chiedeva, ai sensi degli art. 22 e ss. della l. 241/90, a Cap Holding s.p.a. ed alla sua controllata Amiacque s.r.l. – entrambe società pubbliche cessionarie dal 2013 del ramo di azienda di AMAGA s.p.a., afferente alla gestione del servizio idrico integrato nel Comune di Abbiategrasso – l'accesso agli atti e ai documenti riguardanti l'appalto dei lavori “*di ristrutturazione, di potenziamento e di ammodernamento dell'impianto di depurazione*” nel Comune di Abbiategrasso.

Segnatamente, chiedeva di acquisire copia:

a) della delibera del C.d.A. di AMAGA SpA n. 82 del 11/11/1999 e dei suoi allegati, con cui erano stati approvati i progetti esecutivi per la realizzazione dei lavori di *revamping* del suindicato impianto di depurazione 1° Lotto 2° Stralcio e 2° Lotto;

b) del bando di gara per l'appalto dei lavori di realizzazione del 1° lotto, 2° Stralcio e del 2° Lotto, allegato alla delibera di approvazione del C.d.A. n. 36 del 31/3/2000 di AMAGA SpA;

c) della delibera del C.d.A. n.36 del 31/3/2000 e dei suoi allegati, con cui era stato disposto per l'affidamento dei lavori mercé pubblico incanto, con un importo di base di asta di £. 6.374.528.974;

d) della delibera n. 70 del 11/07/2000 del C.d.A, di AMAGA e dei suoi allegati, con cui, all'esito della gara, si approvava il verbale di aggiudicazione dei suddetti lavori e si procedeva al loro affidamento alla ditta T.M.E. SpA con sede a La Spezia;

e) delle richieste di concessione di mutui a favore di AMAGA SpA, giusta delibera G.R. n.VI/7390009 del 10/10/1998, dalla Cassa DD.PP. per la somma di £. 4.655.000.000, nonché copia dei contributi regionali erogati ai sensi della L.R.

n.31/96 per un totale di £. 2.625.000.000 e dei provvedimenti amministrativi e/o delle delibere adottate per la restituzione;

f) dei Capitolati Speciali di appalto relativi alle norme esecutive e amministrative, quali indicazioni del tempo utile per l'esecuzione dei predetti lavori e penali in caso di ritardo;

g) dei Registri di Contabilità con le eccezioni e le riserve iscritte dall'appaltatore redatti e custoditi dalla S.A. ai sensi degli artt. 155, 156,1666, 164, 165 e 167 del d.P.R. 554/1999;

h) del Giornale dei Lavori redatto e custodito dalla S.A. ai sensi dell'art.157 del d.P.R. 554/1999;

i) dei Libretti di Misura dei lavori e delle provviste redatti e custoditi dalla S.A. ai sensi degli artt. 158,159,160, 1162 del d.P.R. 554/1999;

j) delle perizie di variante e suppletive e relativi ordini di servizio ed atti di sottomissione disposti dalla D.L. e/o Organi di Collaudo;

k) dei verbali di applicazione delle penali;

l) delle richieste di autorizzazione al subappalto a CEDES Srl delle opere civili (documentazione totale), notificate dalla T.M.E. SpA alla S.A.;

m) delle delibere e delle note di autorizzazione di AMAGA SpA delle anzidette - richieste di subappalto della T.M.E. SpA;

n) dei collaudi in corso d'opera, degli svincoli polizze autorizzati da AMAGA SpA alla T.M.E. SpA;

o) dei collaudi definitivi e degli svincoli delle ritenute di acconto, delle polizze di garanzia e dei relativi pagamenti effettuati;

p) degli stati di avanzamento dei lavori e dei certificati di pagamento delle rate;

q) della Relazione del RUP sull'andamento dei lavori e sul conto finale ai sensi dell'art.175 del d.P.R.554/1999.

2.- Dopo che Cap Holding SpA, con nota 24/05/2022 prot. n. 0006756/AL/dc, aveva rifiutato l'accesso – opponendo l'impossibilità di dar seguito all'istanza “*in quanto i documenti richiesti non [erano] nella disponibilità né di CAP Holding spa, né di Amiacque srl*” – C.E.D.E.S. sollecitava l'intervento del Difensore Civico regionale, criticamente assumendo che tale motivazione si ponesse, di fatto, in contrasto con

quanto affermato dall'originaria affidataria AMAGA SpA, la quale, costituendosi in altro ricorso precedentemente promosso dalla stessa C.E.D.E. innanzi alla Commissione governativa per l'accesso ai documenti amministrativi, con nota 15/11/2021 aveva sostenuto che gli atti in questione non fossero più nella disponibilità di AMAGA perché, contestualmente alla cessione del ramo d'azienda, la società aveva consegnato tutta la documentazione relativa all'impianto di depurazione – ivi compresa quella riguardante l'esecuzione dell'appalto di lavori – ad Amiacque Srl e a Cap Holding SpA, in ottemperanza all'articolo 2.2 del contratto di cessione.

3.- A sostegno dell'istanza, e del pedissequo ricorso amministrativo, C.E.D.E.S. allegava il proprio qualificato interesse all'invocata ostensione, rappresentando la "necessarietà" e la "utilità" della conoscenza dei suddetti atti e documenti, in quanto funzionali alla cura ed alla difesa dei propri interessi giuridici.

All'uopo, riferiva di aver eseguito, per disposizione di T.M.E. SpA, affidataria del menzionato appalto, lavorazioni in subappalto con affidamento successivo all'aggiudicazione dei lavori, per complessive £. 2.029.000.000 (pari ad €. 1.047.891,04), rimanendo creditrice (all'esito di parziali pagamenti in corso d'opera) della complessiva somma di €. 696.516,47, a titolo di corrispettivo per lavori contrattuali, nonché, della complessiva somma di €. 1.115.633,89 per lavori relativi agli oneri di sicurezza e per opere relative a perizie di variante da essa eseguite, ma arbitrariamente intestate e liquidate alla TME SpA, e a titolo di controvalore delle attrezzature e macchinari di sua proprietà, presenti nel cantiere, di cui l'appaltatrice TME SpA si era indebitamente appropriata unitamente ad AMAGA SpA, al momento della sua inopinata ed improvvisa estromissione dal cantiere.

4.- Sia l'istanza ostensiva che il correlato e pedissequo ricorso al Difensore civico regionale si collocavano a valle di un annoso ed improficuo confronto tra la CEDES, il Comune di Abbiategrasso e le due società *in house* gestrici del servizio idrico integrato, coinvolte nell'affidamento ed esecuzione dei lavori pubblici appaltati. Nel corso di tali interlocuzioni, AMAGA SpA si era opposta alle richieste di accesso, allegando: *a)* mancanza di interesse alla ostensione, *b)* indisponibilità

degli atti in ragione del decorso del tempo, c) carenza dei presupposti legittimanti in capo all'istante.

A fronte dei dinieghi all'ostensione da parte di AMAGA SpA, nel 2021, la C.E.D.E.S. si era rivolta, con ricorso amministrativo, alla Commissione governativa per l'accesso ai documenti amministrativi, dinanzi alla quale AMAGA aveva sostenuto di non disporre dei documenti richiesti da CEDES, riferendo che, a seguito della cessione (avvenuta con contratto stipulato il 27/6/2013) del ramo d'azienda afferente al servizio idrico integrato ad Amiacque Srl ed a Cap Holding SpA, a dette nuove affidatarie del servizio era stata consegnata tutta la documentazione di rilievo.

Era stato sulla base di tale emergente circostanza che C.E.D.E.S. aveva, quindi, indirizzato istanza di accesso al Comune di Abbiategrasso ed a Cap Holding SpA (cessionaria del ramo d'azienda), ma tale richiesta era stata declinata anche dal nuovo gestore del servizio idrico che, con la citata nota 24/05/2022 Prot. n. 0006756/AL/dc, aveva a sua volta sostenuto di non essere in possesso della documentazione richiesta.

5.- Nel corso dell'attivato procedimento amministrativo dinanzi al Difensore civico regionale:

a) quest'ultimo, prendendo atto (con nota prot. n. 0009123 TR – 3.1.5/115 – 202201438) di quanto affermato da C.E.D.E.S., evidenziava come CAP Holding SpA, in quanto cessionaria del ramo d'azienda trasferito dalla cedente AMAGA Spa, non poteva sostenere di non avere la disponibilità dei documenti richiesti dal Sig. Veltri, liquidatore della CEDES, atteso che tali atti e documenti, prima della suindicata cessione di ramo di azienda, erano stati tenuti e conservati dalla cedente AMAGA SpA, stazione appaltante dei lavori *de quibus*;

b) per parte sua, Cap Holding SpA, con nota del 19/7/2022 Prot. n. 0009335/AL/dc, rispondendo ai rilievi del difensore civico, aveva confermato il rigetto dell'istanza di accesso, sostenendo per un verso che la suindicata cessione di ramo di azienda “*non aveva avuto ad oggetto i contratti di appalto e la documentazione ad essi relativa*” e per altro verso che l'istanza di accesso di CEDES ineriva “*a documenti*

molto datati nel tempo per i quali era comunque venuto meno l'obbligo di conservazione ai sensi di legge".

6.- Con ricorso *ex art. 116 comma 1 c.p.a.*, notificato alla Cap Holding, alla AMAGA ed al Comune di Abbiategrasso, la CEDES chiedeva al TAR per la Lombardia l'annullamento del diniego di accesso e l'accertamento del proprio diritto all'ostensione della documentazione richiesta.

La resistente CAP Holding S.p.A. si costituiva in tale giudizio per opporsi al ricorso, rimarcando la *"dichiarata materiale indisponibilità dei documenti richiesti"* e rilevando la *"risalenza nel tempo dei documenti per i quali sarebbe venuto meno l'obbligo di conservazione"*.

Il Comune di Abbiategrasso e la AMAGA SpA benché, fossero ritualmente evocati, non si costituivano in giudizio.

7.- Con sentenza n. 31/2023, il TAR adito respingeva il ricorso, sull'articolato e complessivo assunto:

a) che, in premessa ed in base alla documentazione versata agli atti del giudizio, l'atto di cessione del ramo d'azienda stipulato in data 27 giugno 2013 tra AMAGA e Cap Holding non aveva avuto ad oggetto i contratti di appalto e la relativa documentazione, peraltro risalente a diversi anni prima (2000): e ciò in base alla considerazione che, alla luce dell'art. 2.2 del contratto, AMAGA si era bensì impegnata *"a consegnare alle acquirenti, entro la stessa data, gli impianti, i beni, la documentazione e quant'altro necessario per la prosecuzione delle attività di rispettiva competenza con la sottoscrizione di un verbale di consegna"*, ma non *"la documentazione relativa alle attività conclusesi parecchi anni addietro"*;

b) che, in termini generali, il diritto di accesso trovava un limite nella disponibilità che l'Amministrazione intimata avesse della documentazione di cui si chiedeva l'ostensione: postulando l'accesso che i documenti fossero materialmente detenuti dall'Amministrazione cui era rivolta l'istanza;

c) che, trattandosi di *fatto costitutivo* della pretesa ostensiva, l'onere di fornire la relativa prova gravasse, ai sensi dell'art. 2697 comma 1, c.c., sulla parte che aveva agito in giudizio: né si poteva ritenere che fosse l'Amministrazione a dover offrire

la prova di non detenere i documenti oggetto dell'istanza, non essendo concepibile la prova di un fatto negativo;

d) che, per tal via, solo qualora fosse stata fornita la dimostrazione che la documentazione di cui era chiesta l'ostensione effettivamente esistesse e fosse (o avrebbe dovuto essere) detenuta dall'Amministrazione destinataria della richiesta di accesso, questo dovesse essere concesso;

e) che, in definitiva, nel caso di specie la documentazione oggetto dell'istanza di accesso non era stata (pacificamente) formata dalla società Cap Holding, né la ricorrente aveva dimostrato, ancorché per via indiziaria, che la stessa le fosse stata consegnata: essendo, semmai, emerso l'opposto, il che sembrava del resto ragionevole, posto che la stessa atteneva ad un rapporto contrattuale tra AMAGA e T.M.E. s.p.a. (e tra questa e la ricorrente, quale subappaltatore) concluso da oltre dieci anni al momento della cessione del ramo di azienda tra AMAGA e Cap Holding, e non rilevante ai fini della cessione stessa;

f) che, perciò, a fronte della dichiarazione – con conseguente assunzione di responsabilità – da parte di Cap Holding di non detenere i documenti richiesti, la richiesta di accesso non poteva che essere respinta, posto che *ad impossibilia nemo tenetur*.

8.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, C.E.D.E.S ha impugnato la ridetta statuizione, di cui assume la complessiva erroneità ed ingiustizia.ù

Nella resistenza di Cap Holding s.p.a., alla camera di consiglio del 27 aprile 2023, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

2.- Con il primo motivo di doglianza, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui, con valutazione in tesi ingiustamente lesiva della valorizzata pretesa ostensiva, ha respinto la domanda di accesso a fronte della dichiarazione resa dalla Cap Holding s.p.a. – che se ne era assunta la responsabilità – di non detenere i documenti richiesti.

2.1.- Il motivo non è persuasivo.

Deve, invero, tenersi per fermo, in premessa che il diritto di accesso trova un limite (che è ad un tempo di ordine materiale e di ordine giuridico) nella disponibilità che l'Amministrazione abbia della documentazione di cui si chiede l'ostensione.

Come esattamente ribadito dal primo giudice, la possibilità di acquisire (anche tramite visione od estrazione di copia) i documenti postula la materiale *detenzione* dell'Amministrazione cui è rivolta l'istanza (e ciò sia allorché alla stessa sia giuridicamente imputabile la relativa *formazione*, sia – ancor più – allorché, come nella specie, la stessa sia stata destinataria del relativo *trasferimento*).

Siffatto presupposto va acquisito in termini di *fatto costitutivo* della pretesa ostensiva, sicché – giusta l'ordinaria cadenza dell'onere probatorio: cfr. art. 2697 c.c. – la sua (allegazione e) dimostrazione grava sulla parte che intenda far valere il diritto, la quale può, beninteso, assolvervi anche attraverso presunzioni ovvero in via indiziaria. Deve, in altri termini, negarsi che, sotto un profilo formale, sia *l'indisponibilità* del documento a concretare *fatto impeditivo* (la cui dimostrazione graverebbe, assecondando le premesse dell'appellante, sulla parte resistente): e ciò se non altro perché, come intuito dal primo giudice, il fatto costitutivo è, in via di principio e salvo giustificate ragioni, di ordine positivo e non negativo (nel che sta, in fondo, il vero e bene inteso fondamento del canone secondo cui *negativa non sunt probanda*).

D'altra parte – sotto un convergente profilo sostanziale – è anche esatto che, sempre in via di principio, *ad impossibilia nemo tenetur*: sicché, in assenza di prova della effettiva esistenza e disponibilità della documentazione richiesta, non è possibile erogare una ingiunzione alla relativa ostensione, che risulterebbe *per definizione* (cioè: *ex ante* ed *in abstracto*) insuscettibile di essere eseguita.

Orbene, nel caso di specie, il TAR ha ritenuto di rigettare il ricorso in considerazione del fatto che l'onere della prova in ordine alla detenzione dei documenti da parte di Cap Holding, cui era rivolta l'istanza, non era stato adeguatamente assolto.

In particolare, sotto un profilo indiziaro, ha valorizzato il dato per cui – a fronte della dichiarazione, resa da Cap Holding, di non aver mai ricevuto in consegna la

documentazione *de qua* – non potesse rilevare l'insistito riferimento agli obblighi nascenti dal contratto di cessione intercorso tra le parti, dal quale era dato evincere solo l'obbligo a consegnare alle acquirenti, entro la data convenuta, gli impianti, i beni e la documentazione necessari ai fini della prosecuzione dell'attività, ma non *“la documentazione relativa alle attività conclusesi parecchi anni addietro”*.

Il che val quanto dire che – in assenza di più circostanziate allegazioni indiziarie – il (mero) riferimento al contratto di cessione non costituiva, *di per sé*, dimostrazione della (quanto meno probabile e verisimile) consegna della documentazione di cui si controverte.

A fronte di tali risultanze, si deve ribadire che *“ove l'amministrazione dichiara di non detenere il documento, assumendosi la responsabilità della veridicità della sua affermazione, non sarà possibile l'esercizio dell'accesso. Al cospetto di una dichiarazione espressa dell'amministrazione di inesistenza di un determinato atto, non vi sono margini per ordinare l'accesso, rischiandosi altrimenti una statuizione impossibile da eseguire per mancanza del suo oggetto, che si profilerebbe, dunque, come inutiliter data”* (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. IV, n. 2142/2020).

Resta fermo, beninteso, che l'appellante resta abilitato a formalizzare nuove richieste di accesso, nei confronti dell'Amministrazione comunale che ebbe a formare i documenti, anche nella prospettiva della ricostruzione dei percorsi correlati alla loro eventuale traslazione ad altri soggetti, in virtù delle articolate vicende negoziali intercorse tra le parti.

3.- Con un secondo motivo di doglianza, l'appellante lamenta violazione dell'art. 24, comma 7 della l. n. 241/1990, nella misura in cui *“le condotte assunte da tutte le Amministrazioni coinvolte nelle vicende dedotte in giudizio, [avrebbero inciso] esizialmente sotto il profilo della possibilità per CEDES di esercitare il proprio diritto di difesa”*, avente ad oggetto le asserite ragioni creditorie vantate nei confronti di T.M.E S.p.A.

3.1.- Il motivo non coglie nel segno.

La reiezione del ricorso risulta, invero, fondata – giusta la narrativa che precede – sulla pregiudiziale carenza, per difetto di prova, del fatto costitutivo della pretesa ostensiva, e non sulla ipotetica negazione dell'interesse a conseguire l'accesso alla documentazione.

4.- Alla luce delle esposte considerazioni, l'appello deve essere respinto.

Sussistono giustificati motivi per disporre, tra le parti, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO