Pubblicato il 13/08/2020

N. 05032 /2020 REG.PROV.COLL.
N. 10624/2019 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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 in appello numero di registro generale 10624 del 2019, proposto da Rizzo Basilio, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Nespor, Giovanni Crisostomo Sciacca e Federico Boezio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Crisostomo Sciacca in Roma, via di Porta Pinciana, n. 6;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano ed Enrico Barbagiovanni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, n. 15;

nei confronti

Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, n. 02627/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e della Azienda Trasporti Milanesi s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020 tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84 come da verbale, il Cons. Alberto Urso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Rizzo Basilio, consigliere comunale del Comune di Milano, il 29 agosto 2019 proponeva istanza d'accesso agli atti relativi alla proposta di partenariato pubblico-privato denominata "*Milano Next*" presentata *ex* art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 da un Rti capeggiato dalla Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. (ATM) - società partecipata dallo stesso Comune - in relazione al servizio di trasporto pubblico locale nella zona di Milano e nelle aree circostanti.

2. Con provvedimento del 3 settembre 2019 il Direttore della Direzione Mobilità Ambiente ed Energia del Comune disponeva il differimento dell'accesso, stante la pendenza dell'istruttoria e della valutazione di fattibilità sulla proposta.

3. Avverso detto provvedimento il Rizzo proponeva ricorso *ex* art. 116 Cod. proc. amm. davanti al Tribunale amministrativo per la Lombardia che, nella resistenza del Comune di Milano e della Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., lo respingeva con la sentenza segnata in epigrafe.

4. Ha proposto appello avverso tale sentenza il Rizzo, formulando due motivi di

gravame con cui ha censurato variamente il rigetto del ricorso e il differimento dell'accesso e lamentando con un terzo motivo l'omesso esame della doglianza - perciò riproposta - di incompetenza del Dirigente che aveva adottato il provvedimento.

5. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Milano e la Azienda Trasporti Milanesi per resistere all'appello, del quale hanno chiesto la reiezione.

6. Alla camera di consiglio del 14 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84, la causa è stata trattenuta in decisione senza discussione orale, sulla base degli atti depositati.

DIRITTO

1. Va preliminarmente esaminata l'eccezione d'inammissibilità del ricorso di primo grado riproposta *ex* art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. dall'Azienda Trasporti Milanesi-ATM per la sua dedotta tardività, nonché per acquiescenza alla precedente nota del 12 giugno 2019 di differimento dell'accesso, non impugnata, della quale il provvedimento gravato nel presente giudizio costituirebbe atto di mera conferma.

1.1. L'eccezione è infondata.

Come emerge dall'esame degli atti, a fronte dell'originaria istanza d'accesso proposta dal Rizzo il 5 giugno 2019, il Comune aveva risposto il successivo 12 giugno limitandosi a comunicare il differimento dell'ostensione della documentazione richiesta in considerazione dello stadio iniziale dell'esame di siffatta documentazione da parte degli uffici.

Un simile differimento non poteva precludere all'interessato di avanzare una nuova richiesta d'accesso - come in effetti avvenuto, giusta l'istanza del 29 agosto 2019 - tanto più che il differimento era stato disposto dall'amministrazione *sine die* e in ragione dello "*stato ancora iniziale degli approfondimenti*" sulla proposta di partenariato.

Dalla nuova istanza di accesso è derivata la nuova e diversa determinazione del 3

settembre 2019 di differimento dell'accesso, non meramente confermativa della precedente in quanto, come emerge dalla sua motivazione, incentrata su circostanze diverse e in gran parte sopraggiunte, e cioè sulle intervenute sospensioni ai fini della valutazione del progetto (a causa, rispettivamente, della scadenza del C.d.A. dell'Agenzia del Tpl e della richiesta al Rti proponente di segnalare quali parti della documentazione si riferiscano agli ambiti di competenza dei singoli Enti destinatari), sulla decisione di attendere la preventiva determinazione della suddetta Agenzia del Tpl in ordine al grado di coinvolgimento del Comune, nonché sulla richiesta d'integrazione documentale avanzata dalla stessa Agenzia nei confronti della proponente, cui è seguita l'ulteriore sospensione del procedimento.

Non é rilevante per escludere il carattere di novità del nuovo differimento il fatto che anche l'attuale stato della procedura di partenariato pubblico-privato sia ancora caratterizzato dalla perdurante mancata valutazione del progetto, proprio perché, come già osservato, diverse e in gran parte sopraggiunte sono le ragioni del nuovo differimento (rispetto all'apparente identico stato della procedura che aveva giustificato il primo differimento); ugualmente irrilevanti risultano i richiami ai principi enunciati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato in base ai quali la determinazione assunta successivamente dall'amministrazione, a fronte della reiterazione d'una istanza d'accesso, "*assume carattere meramente confermativo del precedente diniego e non è perciò autonomamente impugnabile*", atteso che la stessa Adunanza plenaria ha posto in risalto che ciò vale "*a meno che* [l'amministrazione] *non proceda autonomamente a una nuova valutazione della situazione*" (Cons. Stato, Ad. plen. 18 aprile 2006, n. 6; 20 aprile 2006, n. 7); il che è ciò che s'è verificato nel caso in esame, in cui all'esito della nuova istanza di accesso, l'amministrazione ha autonomamente rappresentato altre e diverse circostanze che nuovamente avevano impedito la valutazione della proposta di partenariato pubblico-privato e impedivano l'accesso.

Né può sottacersi che la seconda istanza è stata avanzata trascorsi tre mesi dalla presentazione della proposta di partenariato in *project financing*, lasso temporale

astrattamente idoneo a determinare un mutamento nella situazione di fatto - e dunque a legittimare una nuova richiesta d'accesso - a tenore dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, in base al quale «*l'amministrazione aggiudicatrice valuta entro il termine perentorio di tre mesi la fattibilità della proposta*»; tant'è che proprio in virtù delle circostanze ed eventi sopraggiunti - che hanno determinato la sospensione del detto termine trimestrale - l'ente ha giustificato la permanenza delle ragioni di limitazione dell'accesso e il nuovo differimento.

2. Parimenti infondata è l'eccezione d'inammissibilità dell'appello sollevata dal Comune per omessa censura del capo della sentenza che avrebbe riconosciuto la sussistenza di ragioni di riservatezza in capo ad ATM in relazione ai documenti richiesti.

2.1. In proposito è sufficiente rilevare come il capo richiamato ("*del resto, il costituendo RTI autore della proposta, con mandataria ATM spa, ha palesato l'esistenza di ragioni di riservatezza, correlate alla divulgazione degli aspetti tecnici della proposta, compreso il PEF, che rappresenta il parametro fondamentale per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella gara, che potrà essere indetta all'esito della valutazione di fattibilità della proposta, nel quadro della complessa procedura di affidamento del* project financing") costituisce un mero passaggio narrativo e preliminare della sentenza relativo a quanto rappresentato da ATM, privo di autonoma rilevanza a fini decisori sul provvedimento di differimento, come reso palese dal successivo capo - che offre invece la (effettiva) motivazione posta a fondamento del rigetto del ricorso - in cui si afferma che "*in tale contesto, la fase del tutto preliminare e prettamente tecnica in cui si trova la procedura, da un lato, giustifica il differimento disposto dall'amministrazione, dall'altro, esclude che il differimento stesso contrasti con un immediato, attuale e concreto interesse all'ostensione da parte del ricorrente, atteso che non si configura alcuna compressione, in termini giuridicamente rilevanti, delle prerogative connesse all'espletamento del suo mandato di*

Consigliere comunale".

Non occorreva pertanto la specifica formulazione di motivi di doglianza avverso il suddetto passo della sentenza, avendo del resto l'appellante rinnovato l'integrale richiesta d'esibizione dei documenti, a prescindere dai profili di riservatezza manifestati dall'ATM con nota del 3 ottobre 2019, e auto-evidenziando comunque ai fini dell'accesso la propria soggezione all'obbligo del segreto (cfr. al riguardo *infra*, *sub* § 6.3).

3. Passando all'esame del merito dell'appello si osserva quanto segue.

4. Innanzitutto, secondo i principi affermati dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015, occorre muovere dall'esame del terzo motivo che prospetta - in termini di omessa pronuncia sul relativo motivo di censura spiegato in primo grado - una questione di competenza, perciò da scrutinare in via prioritaria, derivando dal suo eventuale accoglimento il *remand* all'amministrazione a fronte dell'emersione d'un potere non ancora esercitato.

L'appellante deduce invero l'incompetenza del Coordinatore del gruppo di lavoro sulla proposta di partenariato (in specie coincidente con la figura del Direttore della Direzione Mobilità, Ambiente ed Energia del Comune di Milano) all'adozione del provvedimento impugnato che rientrerebbe nella competenza del Sindaco a norma dell'art. 10 d.lgs. n. 267 del 2000.

Il motivo è infondato.

4.1. La disposizione invocata stabilisce che tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale sono pubblici ad eccezione di quelli riservati per espressa indicazione di legge «*o per effetto di una temporanea e motivata dichiarazione del sindaco o del presidente della provincia che ne vieti l'esibizione, conformemente a quanto previsto dal regolamento, in quanto la loro diffusione possa pregiudicare il diritto alla riservatezza delle persone, dei gruppi o delle imprese*», il che vale ad attribuire al Sindaco un potere generale di stabilire quali atti presentino carattere riservato.

Tuttavia nel caso di specie quella disposizione, indipendentemente da ogni altra

considerazione, non ha alcuna incidenza sulla singola istanza d'accesso (peraltro, nella specie definita con semplice differimento, neppure con rigetto *tout court*), che rimane assoggettata all'ordinario regime di competenza.

Nella specie infatti non s'è di fronte a un provvedimento di qualificazione in termini di riservatezza dell'atto, bensì a un mero differimento dell'accesso richiesto con singola istanza, assunto dal Coordinatore del gruppo di lavoro, cioè dall'ufficio che dispone dell'atto ed è competente sul relativo procedimento.

Il che è del resto coerente con il regime di cui all'art. 43, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000, in forza del quale i consiglieri comunali ottengono «*dagli uffici*» (che pure sono competenti a eventualmente respingere l'istanza o differire l'accesso) le informazioni, notizie e documenti utili all'espletamento del mandato; nonché con il Regolamento di organizzazione e di funzionamento del Consiglio comunale, secondo il quale pure - ai fini dell'accesso - i consiglieri comunali si rivolgono non già al Sindaco, bensì ai responsabili dei vari uffici od organi (*i.e.*, "*si rivolgono direttamente all'Assessore competente, al Segretario Generale o ai responsabili di uffici, di aziende o istituzioni* […]": cfr. l'art. 15 del Regolamento; v., analogamente, l'art. 25 dello Statuto, per cui ciascun Consigliere ha diritto di "*ottenere tempestivamente dagli uffici comunali* […] *le notizie, le informazioni e i documenti richiesti ai fini dell'espletamento del mandato*").

5. Col primo motivo di doglianza l'appellante lamenta l'erroneo rigetto del ricorso deducendo che il tribunale ha trascurato la circostanza che il differimento dell'accesso si protrae nella specie ormai da molti mesi, sicché le prerogative del ricorrente nella propria veste di consigliere comunale ne risultano frustrate, tanto più che non è stato indicato alcun termine finale del differimento.

Aggiunge l'appellante che la proposta di *project financing* proviene da un Rti capeggiato da società partecipata al 99% del Comune - perciò non è ragionevole ritenere che detta proposta non soddisfi l'interesse pubblico - e che è stata avanzata in pendenza di una (seconda) proroga dell'affidamento del trasporto pubblico locale

alla ATM, sicché sussiste una situazione d'incertezza in ordine alle sorti del trasporto pubblico locale che rende attuale l'interesse del Rizzo all'accesso.

Inoltre, sempre secondo l'appellante, in caso d'approvazione del progetto verrebbe avviata una gara in cui sarebbe legittimamente limitato il diritto d'accesso *ex* art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016; allo stato, invece, il differimento *sine die* dell'accesso oppostogli determina un'irragionevole compressione d'una prerogativa strumentale all'esercizio della sua funzione pubblica.

5.1. Col secondo motivo l'appellante si duole dell'omesso esame del motivo con cui aveva dedotto la carenza di una valida ragione di diniego o differimento *sine die* dell'accesso, non essendo assimilabile il *project financing* alle altre procedure a evidenza pubblica per le quali vigono i limiti all'accesso di cui all'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016; aggiunge poi che la sua istanza d'accesso era stata proposta dopo lo spirare del termine di tre mesi *ex* art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 previsto per la valutazione della fattibilità del progetto e che il consigliere comunale non è soggetto alla previsione dell'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, soggiacendo all'obbligo di segreto tutelato penalmente.

6. I due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro obiettiva connessione, sono fondati nei termini che seguono.

6.1. Va premesso che l'accesso agli atti esercitato dal consigliere comunale ai sensi dell'art. 43 d.lgs. n. 267 del 2000 ha natura e caratteri diversi rispetto alle altre forme di accesso, esprimendosi in un non condizionato diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento delle sue funzioni, ciò anche al fine di permettere di valutare - con piena cognizione - la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio e per promuovere tutte le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale (Cons. Stato, V, 5 settembre 2014, n. 4525).

Per tali ragioni, da un lato sul consigliere comunale non può gravare (e ciò sin da prima dell'introduzione nell'ordinamento dell'istituto dell'accesso civico

generalizzato) alcun particolare onere di motivare le proprie richieste di accesso, atteso che, diversamente opinando, sarebbe introdotta una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio delle sue funzioni; d'altra parte dal termine «*utili*», contenuto nell'articolo 43 d.lgs. n. 267 del 2000, non può conseguire alcuna limitazione al diritto di accesso dei Consiglieri comunali, poiché tale aggettivo comporta in realtà l'estensione di tale diritto di accesso a qualsiasi atto ravvisato utile per l'esercizio delle funzioni (Cons. Stato, n. 4525 del 2014, cit.; IV, 12 febbraio 2013, n. 843).

L'unico limite all'accesso del consigliere comunale è configurabile, in termini generali, "*nell'ipotesi in cui lo stesso si traduca in strategie ostruzionistiche o di paralisi dell'attività amministrativa con istanze che, a causa della loro continuità e numerosità, determinino un aggravio notevole del lavoro degli uffici ai quali sono rivolte e determinino un sindacato generale sull'attività dell'amministrazione (Cons. Stato, IV, 12 febbraio 2013, n. 846)*" (Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1298).

6.2. Facendo applicazione dei suindicati principi al caso in esame emerge la fondatezza delle doglianze proposte dall'appellante.

Va anzitutto escluso che il mero differimento dell'accesso in quanto tale non possa perciò solo pregiudicare il diritto del consigliere comunale ad accedere agli atti *ex* art 43 d.lgs. n. 267 del 2000: deriva infatti dal differimento pur sempre una limitazione, benché temporanea, dell'accesso - e, dunque, dell'ostensione di documenti utili all'esercizio delle funzioni consiliari - pregiudizievole per le sue prerogative di consigliere, tanto più nel caso di specie, in cui il differimento non è correlato a un termine certo e perdura ormai da tempo.

Sotto altro profilo, non si pone in coerenza con i principi giurisprudenziali in materia d'accesso del consigliere comunale la motivazione della sentenza impugnata laddove ritiene legittimo il differimento affermando che, in ragione della fase ancora tecnica e preliminare in cui il procedimento di valutazione della

proposta versa, "*non si configur*[i per il Rizzo] *alcuna compressione, in termini giuridicamente rilevanti, delle prerogative connesse all'espletamento del suo mandato di Consigliere comunale*".

Come già rilevato, infatti, proprio in quanto funzionale al mandato, l'accesso non richiede una puntuale e specifica motivazione, né tanto meno una dimostrazione delle attività consiliari perseguite e della lesione che ne discenderebbe in caso di limitazione: da un lato non è concepibile un controllo *ex ante* sull'esercizio del mandato in relazione all'accesso esercitato, dall'altro la prescritta utilità dei documenti non può valere a limitare il diritto d'accesso "*poiché tale aggettivo comporta in realtà l'estensione di tale diritto di accesso a qualsiasi atto ravvisato utile per l'esercizio delle funzioni*" (Cons. Stato, n. 4525 del 2014, cit.; n. 843 del 2013, cit.); né d'altra parte sono state specificamente opposte dalla difesa dell'ente eventuali modalità emulative o inutilmente gravose nell'esercizio dell'accesso che potrebbero valere a giustificarne la limitazione.

Ciò posto, la sola fase ancora preliminare e tecnica di valutazione della proposta del *project financing* non vale a elidere di per sé la potenziale "utilità" dei documenti per il consigliere istante, stanti i principi già richiamati sulla detta nozione di utilità e il suo significato nella prospettiva delle prerogative consiliari.

6.3. Neppure può valere a escludere allo stato l'accesso richiesto il regime speciale previsto dall'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016.

A prescindere dalle questioni inerenti la circostanza che il diritto esercitato dal consigliere comunale ha altra origine, natura e statuto disciplinare (art. 43 d.lgs. n. 267 del 2000), è decisivo rilevare come i documenti cui l'appellante ha chiesto di accedere riguardano la proposta di *project financing*, e perciò si collocano - nell'ambito dello schema delineato dall'art.183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 - nella fase antecedente alla (eventuale) gara, riguardando il rapporto fra il proponente il progetto e l'amministrazione: per questo, da un lato il regime dell'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016 non è direttamente pertinente rispetto all'accesso controverso, dall'altro è ben ravvisabile - considerata la dimensione

endoamministrativa in cui il rapporto allo stato si colloca - una posizione qualificata del consigliere che ne legittima l'accesso ai documenti, dovendo peraltro la proposta essere valutata dall'amministrazione ed eventualmente inserita (attraverso il suo progetto di fattibilità) negli strumenti di programmazione e approvata (cfr. invece, per la limitazione all'accesso degli altri operatori economici in tale fase, Cons. Stato, V, 28 maggio 2009, n. 3319; IV, 26 gennaio 2009, n. 391 e 392).

In siffatto contesto neppure rilevano le ragioni di riservatezza dei documenti oggetto dell'istanza d'accesso dedotte da ATM, le quali non sono in realtà neppure valorizzate nell'atto di differimento impugnato, e non assumono peraltro di per sé valore a mente della consolidata giurisprudenza secondo cui "*il diritto del consigliere comunale ad ottenere dall'ente tutte le informazioni utili all'espletamento delle funzioni non incontra* […] *alcuna limitazione derivante dalla loro eventuale natura riservata, in quanto il consigliere è vincolato al segreto d'ufficio*" (Cons. Stato, I, 14 marzo 2014, n. 865; V, 11 dicembre 2013, n. 5931; 29 agosto 2011, n. 4829; 4 maggio 2004, n. 2716; oltre a Cons. Stato, n. 4525 del 2014, cit.); del resto, lo stesso appellante ha dato conto a tal proposito di esser consapevole di "*resta*[re] *vincolato dall'obbligo del segreto*" (cfr. appello, *sub* par. 2.*a*).

7. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte l'appello è fondato e va accolto con conseguente riforma della sentenza e accoglimento del ricorso di primo grado, con ordine all'amministrazione di esibire i documenti richiesti dall'appellante con istanza d'accesso del 29 agosto 2019, relativi alla proposta di partenariato pubblico-privato "*Milano Next*" presentata al Comune di Milano dal Rti capeggiato da ATM, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore.

Le spese vengono poste a carico del Comune di Milano e dell'ATM, secondo criterio di soccombenza, e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado ordinando al Comune di Milano di esibire i documenti di cui in motivazione entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza o dalla sua notificazione se anteriore.

Condanna il Comune di Milano e la Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante, liquidandole nella misura complessiva di € 2.000,00, oltre accessori di legge, a carico di ciascun appellato.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO