

Pubblicato il 07/07/2023

**N. 06649/2023REG.PROV.COLL.**  
**N. 00656/2023 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**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 656 del 2023, proposto da Gabriele Del Prete, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Manzi, Pietro Becci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Alberico II n.33;

*contro*

Gruppo Europeo di Interesse Economico Linea Ferroviaria Tranfrontaliera Trieste-Divaca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuela Quici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 35;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 00418/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gruppo Europeo di Interesse Economico Linea Ferroviaria Tranfrontaliera Trieste-Divaca;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Becci, Quici;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con atto notificato in data 13 gennaio 2023 e depositato il successivo 24 gennaio Del Prete Gabriele ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per il Friuli Venezia Giulia, sezione prima, n. 00418/2022, con cui è stato dichiarato irricevibile il ricorso da Egli proposto avverso il provvedimento di diniego, comunicato in data 21 gennaio 2022, all'accesso civico generalizzato richiesto ex art. 5 comma 2 D.lgs. 33/2013 al Gruppo Europeo di Interesse Economico Linea Ferroviaria Tranfrontaliera Trieste-Divàca (d'ora in poi per brevità GEIE) relativamente a tutta una serie di documenti afferenti al progetto della nuova Linea Trieste Divàca, nonché al progetto o alle varie ipotesi di progetto del tratto ferroviario tra Aurisina e Divàca, al progetto della Sezione Trieste – Divàca del corridoio TENT-T Mediterraneo presentato nel 2005-2015 e poi ritirato nonché ad altri atti preparatori, connessi e consequenziali, indicati nella medesima istanza di accesso.

2. Segnatamente il provvedimento di diniego oggetto di impugnativa era motivato sulla base del rilievo che l'accesso civico generalizzato non troverebbe applicazione rispetto ad RFI, esclusa dall'ambito soggettivo dell'applicazione di detto istituto delineata dall'art. 2 bis del D.lgs. 33/2023.

Ciò in quanto l'indicato disposto normativo, nell'estendere la disciplina dettata per le pubbliche amministrazioni anche alle società in controllo pubblico, avrebbe escluso le società quotate, come definite dall'art. 2 comma 1 lettera p) dello stesso decreto legislativo, che definisce come società quotate le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati

regolamentati nonché le società che hanno emesso alla data del 31 dicembre 2015 strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.

Da ciò l'inapplicabilità dell'indicata disciplina, essendo RFI una società controllata da Ferrovie dello Stato s.p.a., la quale, avendo emesso alla data del 31/12/2015 strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, rientrerebbe nell'indicata definizione di società quotata, dovendosi inoltre escludere dal regime di trasparenza non solo le società quotate (ovvero Ferrovie dello Stato) ma anche le società direttamente controllate da società quotate (ovvero RFI).

3. A sostegno del ricorso di *prime cure* la parte che agiva personalmente, senza l'assistenza di un difensore, ex art. 116 c.p.a., articolava i seguenti motivi:

Eccesso di potere nel denegare l'accesso civico generalizzato tramite l'art. 2 bis comma 2 del D.lgs. 33/2013; ciò in quanto il GEIE sarebbe responsabile della progettazione e gestione del progetto della sezione transfrontaliera italo – slovena tra Trieste e Divàca e svolgerebbe pertanto attività di pubblico interesse, individuata come presupposto per l'ammissibilità del ricorso all'accesso civico generalizzato dalla parte seconda dell'art. 2 bis comma 3 del D.lgs. 33/2013.

4. Il giudice di *prime cure* dichiarava irricevibile il ricorso sulla base del rilievo che il ricorso era stato depositato oltre il termine di rito di quindici giorni, applicabile ai riti camerali, risultante dal combinato disposto degli artt. 45 ed 87 comma 2 lett. c) c.p.a., rigettando sul punto la richiesta di concessione dell'errore scusabile.

5. A sostegno dell'appello la parte ha formulato i seguenti motivi di appello:

I. Della tempestività del deposito/iscrizione a ruolo del ricorso introduttivo.

Secondo parte appellante la sentenza di *prime cure* sarebbe errata nella parte in cui aveva dichiarato l'irricevibilità del ricorso, posto che la notifica del ricorso si era perfezionata in data 03.03.2022 per compiuta giacenza postale, ovvero decorsi 10 giorni dall'avvenuta spedizione della comunicazione di avvenuto

deposito della spedizione della raccomandata informativa, a motivo della temporanea assenza del GEIE destinatario e che il ricorso era stato depositato in data 15.03.2022 e quindi entro il termine di rito di quindici giorni.

Pertanto parte appellante, stante l'erroneità della sentenza sul punto, ritiene che debbano essere scrutinate le censure formulate in primo grado, così rubricandole:

II. Violazione di legge (art. 2-bis commi 2 e 3 D.Lgs. 33/2013 e art. 2, comma 1, lettera p del D.Lgs. 175/2016). Eccesso di potere.

A dire di parte appellante non sarebbe applicabile l'esenzione dall'accesso civico generalizzato invocata dal GEIE per le ragioni ampiamente illustrate in prime cure, dovendo trovare applicazione il comma 3 e non l'invocato – dal GEIE – comma 2 dell'art 2-bis D.Lgs. 33/2013, essendo:

- RFI la Concessionaria della rete ferroviaria pubblica di proprietà nazionale;
- il GEIE controllato da RFI.

In ogni caso, a dire di parte appellante, l'invocato disposto normativo non potrebbe applicarsi al GEIE che non aveva emesso strumenti finanziari di alcun tipo.

Né detti strumenti erano stati emessi da RFI; irrilevanti inoltre in tesi di parte appellante sarebbero gli strumenti finanziari emessi dal gruppo RFI.

III. Dell'infondatezza dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva del GEIE. Risulterebbe palesemente infondata l'eccezione sollevata dalla difesa avversaria, secondo la quale il GEIE non sarebbe il soggetto legittimato rispetto all'istanza di accesso formulata dal sig. Del Prete.

IV. Della sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'accesso civico generalizzato.

6. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno prodotto documenti ed articolate memorie difensive.

7. In particolare con memoria ex art. 73 comma 1 c.p.a. depositata in data 17 marzo 2023 il GEIE oltre ad insistere nel rigetto dell'appello, stante la

tardività del ricorso di *prime cure*, ha eccepito come la difesa dell'appellante non si sia limitata alla riproposizione delle ragioni del ricorso di *prime cure*, bensì abbia del tutto inammissibilmente modificato ed integrato i motivi di impugnazione proposti in *prime cure*, con la conseguente inammissibilità delle questioni proposte per la prima volta in sede di appello, ex art. 104 c.p.a.. Ha in ogni caso eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva all'esitazione dell'istanza di accesso, essendo l'attività di progettazione, per la parte italiana del tracciato, di competenza di RFI.

Ha in ogni caso insistito nel merito per il rigetto dell'appello.

8. Parte appellante ha replicato a detta memoria, evidenziando in primo luogo come fosse acclarata la tempestività del deposito del ricorso di *prime cure*, con conseguente obbligo di questo giudice di appello di decidere nel merito, e come con il ricorso in appello si fossero semplicemente qualificate correttamente le censure già ampiamente esposte in *prime cure*, con conseguente infondatezza dell'eccezione riferita all'inammissibilità dei nuovi motivi di impugnazione.

Ha infine contestato l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, non essendo tra l'altro la stessa posta a base dell'atto di diniego gravato in *prime cure*, insistendo per l'accoglimento dell'appello.

9. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza camerale del 4 aprile 2023 sulle conclusioni rassegnate dalle parti.

## DIRITTO

10. In via preliminare va delibato il primo motivo di appello, volto a superare la statuizione di irricevibilità contenuta nella sentenza appellata che ha impedito nel merito lo scrutinio del ricorso di *prime cure*.

11. Lo stesso è fondato in quanto, come evincibile da una compiuta disamina degli atti di *prime cure*, la notifica del ricorso eseguita in data 16 febbraio 2022 dall'Ufficiale giudiziario, avvalendosi del servizio postale, si è perfezionata in data 3 marzo 2022, ovvero decorsi dieci giorni dall'avvenuta spedizione della comunicazione di avvenuto deposito della spedizione della raccomandata

informativa a motivo della temporanea assenza del GEIE destinatario; da ciò la tempestività dell'iscrizione a ruolo del ricorso effettuata in data 15 marzo 2022.

12. Ciò posto, prima di passare alla disamina del merito dell'appello, occorre scrutinare l'eccezione di inammissibilità dello stesso per divieto dei nova, ex art. 104 comma 1 c.p.a., quale formulata nella memoria di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a., dal GEIE.

12.1. La stessa è fondata in quanto, al di là della qualificazione della rubrica dei motivi quale eccesso di potere o quale violazione di legge, il ricorrente in *prime cure* non aveva invero specificatamente contestato il nucleo motivazionale del provvedimento di diniego di accesso, fondato sull'inapplicabilità della normativa sull'accesso civico generalizzato a RFI, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2 bis del D.lgs. 33/2023, che nell'estendere la disciplina dettata per le pubbliche amministrazioni anche alle società in controllo pubblico, avrebbe escluso le società quotate, e dell'art. 2 comma 1 lettera p) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, che definisce come società quotate le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati, nonché le società che hanno emesso alla data del 31 dicembre 2015 strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.

Ciò in quanto, essendo RFI una società controllata da Ferrovie dello Stato s.p.a., che aveva emesso alla data del 31/12/2015 strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati rientrerebbe nell'indicata definizione di società quotata, dovendosi inoltre escludere dal regime di trasparenza non solo le società quotate (ovvero Ferrovie dello Stato) ma anche le società direttamente controllate da società quotate (ovvero RFI).

12.2. Ed invero la parte con il ricorso di *prime cure* si era limitata a dedurre l'eccesso di potere nel denegare l'accesso civico generalizzato tramite l'art. 2 bis comma 2 del D.lgs. 33/2013; ciò in quanto il GEIE sarebbe responsabile della progettazione e gestione del progetto della sezione transfrontaliera italo

– slovena tra Trieste e Divàca e svolgerebbe pertanto attività di pubblico interesse, individuata come presupposto per l'ammissibilità del ricorso all'accesso civico generalizzato dalla parte seconda dell'art. 2 bis comma 3 del D.lgs. 33/2013.

Inoltre questa sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 60 del 4 gennaio 2021, nel decidere il ricorso in appello proposto da Trenitalia per la riforma di una sentenza del Tar per la Liguria, lo aveva rigettato senza rilevare – peraltro nel rispetto del principio della domanda e di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato - la possibile esclusione di Trenitalia dalla normativa sull'accesso civico generalizzato in quanto società quotata.

12.3. Per contro, con il ricorso in appello la parte, sia pure sviluppando le argomentazioni contenute inammissibilmente nelle memorie difensive depositate nel corso del giudizio di primo grado, che, come noto, non possono allargare il *thema decidendum* rispetto a quanto dedotto nei termini di rito con l'atto introduttivo del giudizio, ha inammissibilmente ex art. 104 comma 1 c.p.a. contestato anche il nucleo motivazionale del provvedimento di diniego, deducendo in primo luogo come il Gruppo Europeo di Interesse Economico per la Trieste-Divača sia una società detenuta al 50% da RFI e al 50% dalle Ferrovie Slovene, ed esista per sviluppare la parte dell'infrastruttura ferroviaria del Corridoio (ferroviario) Mediterraneo sul territorio della provincia di Trieste, fra Trieste/Aurisina, il Porto di Trieste e la Slovenia; da ciò l'applicabilità del comma 3 dell'art. 2-bis del D.Lgs. 33/2013 e non l'invocato – dal GEIE – comma 2 dell'art 2-bis D.Lgs. 33/2013, non avendo il GEIE emesso strumenti finanziari di alcun tipo ed essendo il Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane una Società per azioni controllata interamente (100% delle quote) dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ("MEF"), laddove Rete Ferroviaria Italiana ("RFI") è una Società per azioni interamente (100% delle quote) a sua volta partecipata e controllata dal Gruppo FSI. RFI, inoltre, in tesi di parte appellante, sarebbe, di fatto controllata dell'amministrazione pubblica, non potendo operare se non con il benessere e

il consenso del Ministero dei Trasporti, dell'ANSFISA, dell'ART – Autorità di Regolazione dei Trasporti e dell'AGCM - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Il Gruppo FSI inoltre parteciperebbe e controllerebbe altre società, tra cui Trenitalia S.p.a. (impresa ferroviaria di trasporto passeggeri). Il Gruppo FSI aveva emesso strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati su mercati regolamentati, alcuni prima del 31 dicembre 2015, altri successivamente; in particolare, aveva emesso strumenti finanziari denominati “notes” (simili ad obbligazioni, “obbligazioni” nel senso dell’art. 2410 c.c.) a valere sul suo Programma “Euro Medium Term Notes” presso la Irish Stock Exchange, borsa valori irlandese di Dublino, borsa valori facente oggi parte, peraltro assieme a Borsa Italiana S.p.A. e a Monte Titoli S.p.A., del gruppo Euronext N.V. RFI, invece, non aveva emesso direttamente alcuno strumento finanziario quotato su mercati regolamentati, né sotto forma di azioni, né sotto altre forme, risultando attivi altri finanziamenti, che però non sono strumenti finanziari emessi su mercati regolamentati; quindi, non rilevano ai fini dell’esenzione di cui all’art. 2-bis.

Ha inoltre evidenziato come non rilevino ai fini dell’esclusione dall’accesso civico generalizzato gli strumenti finanziari emessi su mercati regolamentati da RFI o da FSI per conto di RFI prima del 31 dicembre 2015 ma ormai estinti.

Trattasi di argomentazioni all’evidenza non contenute nel ricorso di *prime cure*, con la conseguente inammissibilità di dette doglianze, a nulla rilevando, secondo quanto innanzi evidenziato, che le stesse fossero eventualmente contenute nelle memorie difensive depositate nel corso del giudizio, posto che la parte ricorrente non avrebbe potuto dettagliare, sulla base di altri presupposti, quanto soltanto genericamente dedotto nel ricorso introduttivo, con la conseguenza che la censura, come riformulata in grado di appello sulla base di quanto irritualmente dedotto in *prime cure*, deve considerarsi come censura inammissibile ex art. 104 comma 1 c.p.a..



12.4. A ciò consegue l'inammissibilità dell'appello *in parte qua*, atteso che il divieto dei *nova* va parametrato a quanto dedotto nel ricorso di primo grado e non a quanto sviluppato poi negli scritti difensivi, con la conseguente applicabilità della costante giurisprudenza in materia secondo la quale una questione proposta per la prima volta in grado di appello è inammissibile, quale conseguenza logica che discende dall'onere di specificità delle censure dedotte in primo grado nei confronti degli atti in tale giudizio gravati e, quindi, in applicazione del principio del divieto di *jus novorum* (cfr., ex multis: Cons. Stato, IV, 26 novembre 2015, n. 12 5373, che richiama Cons. Stato, VI, 19 luglio 1999 n. 973; id., IV, 24 maggio 2007 n. 2636; id., VI, 22 maggio 2008 n. 2432; id., IV, 27 luglio 2010 n. 4915).

13. Peraltro è fondata anche l'eccezione di difetto di legittimazione passiva opposta dal GEIE anche in *prime cure* che, sebbene non *expressis verbis* enunciata nell'atto di diniego, è in grado di supportare la motivazione in esso contenuta, in quanto GEIE ha correttamente fatto riferimento all'esclusione dall'accesso civico generalizzato di RFI, in quanto effettiva titolare della corposa mole di documentazione richiesta.

13.1. Infatti il GEIE è stato costituito nel 2013 e ha solo una funzione di coordinamento per il progetto della linea ferroviaria transfrontaliera Trieste-Divaca e per l'"upgrading" del tratto ferroviario esistente tra Aurisina e Divàca, che costituisce una parte di infrastruttura ferroviaria inserita nel contesto delle reti prioritarie europee (corridoio Mediterraneo – Reti Ten-T). Queste porzioni di rete ferroviaria appartengono a corridoi strategici europei e quindi i progetti e le realizzazioni o le attività di coordinamento che insistono su di esse possono essere sostenute dagli organismi dell'Unione Europea attraverso strumenti di finanziamento che però il GEIE non riceve direttamente, ma per il tramite dei suoi membri. Dunque, GEIE è un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici, distinto dai membri che lo compongono, che non si occupa direttamente della redazione della progettazione e neppure dell'assegnazione dei relativi lavori. Pertanto, è del

tutto erroneo quanto dedotto nell'appello che il GEIE sarebbe *“una società detenuta al 50% da RFI e al 50% dalle Ferrovie slovene”*. GEIE non è infatti parificabile ad una *“società”*, né è di conseguenza configurabile una partecipazione di tipo societario da parte dei suoi membri.

Ciò posto, con riferimento alla documentazione relativa al Progetto della nuova linea Trieste-Divàca, così come quella relativa al potenziamento della linea già esistente, ciò che rileva è che l'attività di progettazione, per la parte italiana del tracciato, è di competenza di RFI, mentre la parte slovena del tracciato è di competenza della Società slovena che si avvale a sua volta dei propri progettisti. Pertanto, i Progetti relativi alla parte italiana del tracciato sono di proprietà di RFI.

13.2. Da ciò la correttezza della motivazione dell'atto gravato in *prime cure*, che ha fatto riferimento all'esenzione di RFI dall'accesso civico generalizzato.

13.3. La questione della non assoggettabilità di RFI all'accesso civico generalizzato era invero, come evincibile dagli atti, già stata affrontata dal Tar per il Lazio, Roma, sezione terza, con sentenza n. 5006 del 2022 (non appellata) che aveva rigettato il ricorso proposto dal sig. Del Prete avverso analoga richiesta di accesso rivolta direttamente a RFI, sia pure relativa a distinti documenti, le cui conclusioni sono del tutto condivisibili, con conseguente infondatezza anche nel merito del presente appello.

13.4. L'art. 2 bis del D.Lgs 33/2013 infatti prevede *“1. Ai fini del presente decreto, per “pubbliche amministrazioni” si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1 comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n° 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione.”*

Al secondo comma precisa che *“2. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile:*

*a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali;*

*b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto, n° 175 (...)”*

La parte conclusiva della lettera b del suindicato secondo comma stabilisce però che *“Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”*.

Il citato articolo 2 comma 1, lettera p) del Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175 definisce società quotate *“le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.”*

Al riguardo è incontestata l'intervenuta emissione di due stock obbligazionari da parte della società controllante RFI, Ferrovie dello Stato spa, in data antecedente al termine fissato dalla disposizione normativa (31.12.2015) e, pertanto, RFI rientra a pieno titolo nell'ambito applicativo inerente all'esclusione esplicitata nel comma 2 dell'art. 2 bis del D.Lgs 33/2013.

La relazione di controllo intercorrente tra Ferrovie dello Stato Italiane spa e Rete Ferroviaria Italiana, in cui la prima detiene la partecipazione della seconda, non interferisce infatti con l'applicazione della indicata disposizione.

Infatti, la norma:

- afferma che l'esclusione dall'ambito applicativo del D.Lgs 33/2013 riguarda le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati;
- precisa che tale esclusione non opera per le società partecipate da società quotate controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche;
- ricomprende nell'esclusione le società partecipate da società quotate controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche quando tale controllo sia operato per il tramite di società quotate.

Quest'ultima è la fattispecie nella quale si posiziona RFI, effettiva titolare della documentazione richiesta: essa, infatti, è una società controllata da una società

quotata (FSI spa) e non subisce il controllo in via diretta da una amministrazione pubblica.

Né può assumere rilievo il fatto che FSI sia una società partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze. Infatti la norma sopra citata contempla proprio tale eventualità per escludere che un controllo indiretto della p.a., per il tramite di una società quotata, possa condurre all'applicazione della disciplina sull'accesso civico generalizzato.

RFI infatti non è controllata o partecipata da amministrazioni pubbliche senza il tramite di FSI, società quotata; pertanto è all'evidenza che l'esclusione prevista dall'art. 2bis comma 2 lett. b) si applica anche a RFI.

Del tutto irrilevante è poi il fatto che alcune delle emissioni di obbligazioni effettuate da FSI siano eventualmente venute in scadenza: infatti, la definizione di società quotate (art. 2 co. 1 lett. p) del D.Lgs. n. 175/2016) prende in considerazione solo la data di emissione (al 31 dicembre 2015) degli strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, e non la data di scadenza.

14. Neppure fondato appare il motivo, articolato invero anche in *prime cure*, relativo all'ammissibilità dell'accesso civico generalizzato a mente comma 3 del medesimo art. 2 bis del D.Lgs 33/2013 il quale prevede che *“La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici”*.

L'art. 2bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33/2013 si riferisce infatti alle sole società in partecipazione pubblica *“come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015 n. 124”*, prevedendo l'estensione della

disciplina sulla trasparenza *“in quanto compatibile e limitatamente ai dati e documenti inerenti l’attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dall’Unione europea”*.

L’ANAC al riguardo aveva fornito una interpretazione estensiva del predetto comma 3 nello schema predisposto in sede di aggiornamento delle linee guida per l’attuazione del D.Lgs. n. 33/2013 dopo le modifiche intervenute ad opera del D.Lgs. n. 97/2016, che aveva sottoposto alla valutazione del Consiglio di Stato, il quale però non ha condiviso siffatta interpretazione. Infatti, con il parere n. 1257/2017, reso dal Consiglio di Stato sullo schema di Linee guida dell’ANAC, sono stati sollevati vari profili di non compatibilità dell’interpretazione proposta dall’ANAC rispetto alla *ratio legis* dell’esclusione delle società quotate e delle società controllate dalle stesse quotate. In particolare, il Consiglio di Stato ha formulato perplessità laddove lo schema dell’ANAC escludeva le società quotate dal secondo ambito di applicazione (ossia dall’art. 2bis comma 2 lett. b)) per ricomprenderle nel terzo ambito, al pari dei soggetti espressamente considerati al comma 3 dell’art. 2bis del D.Lgs. n. 33/2013, in ragione della collocazione della previsione di esonero. Nel parere si osserva che: *“La scelta (dell’ANAC), se apparentemente può sembrare coerente con il criterio ermeneutico testuale, lo è meno se si considera la ratio dell’esonero. Le società quotate, sono sottoposte ad un sistema di obblighi, di controlli e di sanzioni autonomo, in ragione dell’esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anticorruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari, e questa circostanza ben potrebbe giustificare l’esonero dagli obblighi di trasparenza in questione”* (cfr. par. 10.1, doc. n. 4 depositato dal GEIE). L’ANAC con le Linee guida successivamente approvate (Delibera n. 1134 del 20 novembre 2017 *“Nuove linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privati controllati e partecipati da pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici”*), ha aderito a tale indicazione del Consiglio di Stato ed infatti, non solo ha omesso ogni riferimento alle società quotate, ma anzi ha

espressamente dichiarato che *“Le presenti Linee guida non si applicano alle società quotate sulle quali si è ritenuto necessario, anche sulla base del parere del Consiglio di Stato (punto 10) un ulteriore approfondimento, da svolgersi in collaborazione con il Ministero dell'economia e delle finanze e la Commissione nazionale per le società e la borsa”* e quindi ha espunto le società pubbliche quotate dallo schema di Linee Guida e poi dalle Nuove Linee guida (cfr. pag. 2 e pag. 10 della Delibera n. 1134/2017).

14.1. Pertanto l'obbligo ostensivo non sussiste nei confronti dell'odierna appellante neppure avendo riguardo al disposto del comma 3 del citato art. 2 bis.

15. Peraltro avuto riguardo alla mole di documentazione richiesta dalla parte, per esigenze di completezza, occorre evidenziare come non possano trascurarsi i tratti fondanti dell'istituto dall'accesso civico, che, nel favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni d'istituto e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, nonché nella promozione della partecipazione al libero dibattito pubblico, tuttavia, come evidenziato dalla giurisprudenza *“non è utilizzabile in modo disfunzionale rispetto alla predetta finalità ed essere trasformato in una causa di intralcio al buon funzionamento della P.A. e va usato secondo buona fede, sicché la valutazione del suo uso va svolta caso per caso e con prudente apprezzamento, al fine di garantire, secondo un delicato ma giusto bilanciamento che non obliteri l'applicazione di tal istituto, che non se ne faccia un uso malizioso e, per quel che concerne nella specie, non si crei una sorta di effetto "boomerang" sulla P.A. destinataria”* (Consiglio di Stato, sez. VI, Sentenza 13 agosto 2019, n. 5702).

16. In conclusione l'appello va in parte dichiarato inammissibile ed in parte rigettato, dovendosi confermare la sentenza appellata sia pure sulla base di una diversa motivazione, essendo il ricorso di primo grado infondato.

17. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo rigetta, confermando la sentenza appellata con diversa motivazione e per l'effetto rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore del Gruppo Europeo di Interesse Economico Linea Ferroviaria Tranfrontaliera Trieste-Divaca, liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre ad oneri accessori, se dovuti, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**

**Paolo Giovanni Nicolo' Lotti**

**IL SEGRETARIO**