

Pubblicato il 02/08/2016

N. 08916/2016 REG.PROV.COLL.
N. 05925/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5925 del 2016, proposto da International Security Service Vigilanza Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Maselli C.F. MSLPLA73P19H501U, Luca Valentinotti C.F. VLNLCU73L20H501U, con domicilio eletto presso Paolo Maselli in Roma, viale Bruno Buozzi, 32;

contro

Eur Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Pesce C.F. PSCGNN64R12B180E, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone, 78;

nei confronti di

His Vigilanza Srl e Professional Security Srl, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione n. 2016002771 del 12.4.2016, con la quale l'EUR s.p.a. ha negato l'accesso alla International Security Service Vigilanza S.p.A. a prendere visione ed estrarre copia della documentazione amministrativa, dell'offerta economica, dei giustificativi e, più in generale, di tutte le

comunicazioni inviate dall'ente committente ai partecipanti alla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e non armata presso gli edifici e le strutture di proprietà e/o gestite da EUR s.p.a.; della determinazione n. 2016003353 del 3.5.2016, con la quale l'EUR s.p.a. ha confermato il diniego all'accesso agli atti precedentemente comunicato con la nota n. 2016002771 del 12.4.2016; di ogni atto antecedente, connesso o successivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Eur Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

International Security Service Vigilanza S.p.A. (di seguito, ISSV) operante nel settore della vigilanza armata e non armata, ha partecipato alla procedura aperta, di rilevanza comunitaria, indetta dalla EUR spa con determinazione n. 21 del 30.9.2014, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e non armata presso gli edifici e le strutture di proprietà e/o gestiti dalla medesima EUR spa, per un importo complessivo a base di gara pari ad € 1.520.666,40.

Con la determinazione n. 13 del 15.2.2016, la stazione appaltante ha aggiudicato in via definitiva l'appalto a Professional Security srl, prima classificata davanti, rispettivamente, alla HIS Vigilanza srl ed alla ISSV.

Con nota del 1.4.2016, la Professional Security s.r.l. ha intimato all'EUR spa di stipulare il contratto di appalto, pena il risarcimento dei danni che avrebbe patito in caso di ritardo.

Con istanza del 5.4.2016, la ISSV ha chiesto alla stazione appaltante di poter prendere visione ed estrarre copia della documentazione amministrativa,

dell'offerta economica e dei giustificativi presentati da Professional Security srl.

Con determinazione del 12.4.2016, l'EUR spa ha negato l'ostentazione dei documenti amministrativi richiesti, sulla base dei seguenti motivi: a) la società istante sarebbe carente dell'interesse previsto dall'art. 22 della L. n. 241/1990; secondo la stazione appaltante la ISSV, essendo risultata terza in graduatoria, non avrebbe un interesse diretto ad impugnare l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Professional Security srl, dovendo censurare anche la posizione della seconda graduata, con riferimento alla quale la ISSV non avrebbe formulato alcuna richiesta di accesso agli atti; b) ai sensi dell'art. 79/5 quater d. lgs. n. 163/2006, l'accesso agli atti consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti oggetto di istanza di ostentazione; c) in ultimo, dal momento che sarebbero decorsi i termini per impugnare l'aggiudicazione definitiva, l'istanza della ISSV sarebbe carente del requisito dell'attualità.

Con la lettera del 27.4.2016, ISSV ha reiterato la richiesta di accesso, chiedendo l'ostentazione dei documenti amministrativi riguardanti la seconda classificata HIS Vigilanza s.r.l., precisando che l'attualità dell'interesse non deve essere accertata dall'amministrazione in relazione ad un'eventuale impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, ben potendo l'istante agire anche con diversi strumenti giurisdizionali (ad es. il risarcimento dei danni, diritto non ancora prescritto) o anche amministrativi.

Tuttavia, con la determinazione n. 2016003353 del 3.5.2016 la Stazione appaltante ha confermato il diniego espresso con la precedente determinazione del 12.4.2016.

Pertanto, International Security Service Vigilanza S.p.A. ha proposto ricorso al TAR Lazio impugnando i provvedimenti indicati in epigrafe, ritenuti illegittimi per i seguenti: violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 22 della L. n. 241/1990;

violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990; eccesso di potere per ingiustizia manifesta.

Il ricorso è da considerare infondato per la ragioni di seguito indicate.

Dagli atti di causa emerge che con determinazione n. 21 del 30 settembre 2014, EUR S.p.A. ha indetto una gara per l'affidamento del servizio annuale di vigilanza armata e non armata presso gli edifici e strutture di proprietà e/o gestiti dal Committente.

Con provvedimento 15 febbraio 2016 n. 13, la gara è stata aggiudicata a Professional Security s.r.l. (già CLSTV S.r.l.). Al secondo posto si è collocata l'offerta della HIS Vigilanza s.r.l.. L'offerta di International Security Service Vigilanza si è collocata al terzo posto.

L'aggiudicazione definitiva è stata tempestivamente comunicata dall'Amministrazione appaltante a tutti i concorrenti il 16 febbraio 2016 ma, nessuno dei concorrenti ha presentato istanza di accesso agli atti del procedimento nei termini specificamente previsti, per la materia degli appalti, dall'art. 79, co. 5-quater, d.lgs. n. 163/2006.

Il 5 aprile 2016, la terza classificata International Security Service Vigilanza SpA ha presentato una istanza di accesso volta ad ottenere – “ai sensi dell'art. 22, L. 241/1990 e s.m.i. e dell'art. 79, D. Lgs. 163/2006” l'ostensione “dei seguenti documenti: - documentazione amministrativa completa presentata in fase di gara dalla società CLSTV S.r.l., ora Professional Security S.r.l.; - offerta economica e giustificativi presentati per la verifica dell'anomalia della stessa, presentati dalla società CLSTV S.r.l., ora Professional Security S.r.l.; - tutti i verbali delle operazioni delle varie fasi della procedura di gara e relativi atti, comunque connessi ai criteri che hanno determinato la graduatoria provvisoria e la successiva aggiudicazione definitiva; - tutte le comunicazioni inviate da Codesto rispettabile Committente ai partecipanti alla gara”.

Con nota del 12 aprile 2016, prot. n. 2016002771, EUR S.p.A. ha respinto la citata istanza osservando: - che la ISSV è terza in graduatoria e l'utilità che le sarebbe derivata da un eventuale ricorso non sarebbe stata immediata: non

sussiste l'interesse diretto; - che la terza in graduatoria non ha interesse ad impugnare l'aggiudicazione disposta in favore di altra concorrente qualora non abbia investito di censure anche la posizione della seconda graduata; - che, ad ogni modo, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 79, comma 5-quater, d. lgs. n. 163/2006, è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione; - l'istanza di accesso è tardiva.

Il 27 aprile 2016, la ISSV ha proposto una seconda istanza ai sensi dell'art. 22, L.n. 241/1990, con la quale: ha chiesto l'ostensione dei documenti già indicati nella prima domanda e presentati dalla società aggiudicataria Professional Security S.r.l., nonché quelli della seconda classificata in graduatoria HIS Vigilanza s.r.l.; ha evocato il proprio interesse ad accedere; ha chiarito che la tutela degli interessi sarebbe ancora esperibile attraverso una domanda risarcitoria o sollecitando una decisione dell'amministrazione in via di autotutela, o ancora, in sede penale.

Con nota del 3 maggio 2016 – prot. n. 2016003353, EUR S.p.A. ha respinto anche la seconda istanza di accesso.

A prescindere dalle circostanze attinenti alla verifica di anomalia delle offerte e all'esito della gara, va considerato che la ricorrente chiede di accedere ad atti recanti dati e notizie che incidono sulla riservatezza delle imprese dalle quali provengono.

Tuttavia, la prima istanza di accesso è stata presentata da ISSV ai sensi ai sensi dell'art. 22, della legge n. 241/1990 e s.m.i. e dell'art. 79, D. Lgs 163/2006.

Con la seconda istanza, l'interessata ha avanzato istanza di accesso ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241/1990, la quale è stata rigettata da EUR S.p.A. perché tardiva.

Il Collegio ritiene che la decisione assunta dalla stazione appaltante sia corretta in quanto la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva è stata effettuata ai concorrenti non aggiudicatari il 16 febbraio 2016, mentre la

prima istanza di accesso è stata inoltrata da ISSV il 5 aprile 2016 e la seconda il 27 aprile 2016.

L'accesso agli atti di una gara pubblica ha la sua fonte legittimante nella partecipazione alla stessa, che comporta la differenziazione dell'impresa concorrente, in funzione non di una mera verifica di legittimità dell'espletamento della gara effettuata, ma della contestazione – eventualmente, anche a fini risarcitori – dei risultati della stessa, a cominciare dall'aggiudicazione pronunciata dalla stazione appaltante (nel caso si specie, disposta in favore di Professional Security).

Per tale ragione, ed in funzione del principio di celerità, sotteso alla normativa riguardante gli appalti pubblici, diretto a consolidare rapidamente i risultati delle gare ad evidenza pubblica anche attraverso mezzi accelerati di tutela giurisdizionale (art. 120 del Codice del processo amministrativo), deve evidenziarsi la natura speciale dell'art. 79 del D.L.vo n. 163/2006 rispetto alla normativa generale dettata dalla L. n. 241/1990.

Quanto testé detto, evidentemente, comporta, a fortiori, la tardività anche della seconda istanza di accesso, formulata ai sensi dell'art. 22 della L. n. 241/1990.

In conclusione, era onere dell'interessato, secondo un parametro di diligenza media, chiedere la ostensione degli atti entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione.

A completamento di quanto esposto, deve osservarsi, in fatto, che, nel caso di specie, all'atto della proposizione della domanda di accesso, il termine per impugnare gli esiti della gara era oramai spirato (non avendo il concorrente esercitato il diritto di cui all'art. 79, comma 5-quater, del D.L.vo n. 163/2006).

Il ricorso va, pertanto, rigettato.

Sussistono gravi ed eccezionali motivi – legati alla particolarità della vicenda e delle questioni trattate – per compensare le spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Proietti

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO