



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4833 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Genesi Net Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Malecchi, Antonio Notarfonso, con domicilio eletto presso Simonetta Rotondi in Roma, largo Alfonso Favino, 33;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Comitato Centr. Albo Naz.le P.F. e P.G. Che Eserc. Autotrasporto Per Conto Terzi c/o Min. Infrastr. e Trasp., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

-del diniego di accesso ai documenti - ricorso ex art. 116 c.p.a.

- della gara per l'affidamento del servizio di supporto al responsabile del procedimento del Comitato Centrale dell'Albo nazionale delle persone fisiche e delle persone giuridiche che esercitano l'autotrasporto per conto terzi;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Comitato Centr. Albo Naz.le P.F. e P.G. Che Eserc. Autotrasporto Per Conto Terzi c/o Min. Infrastr. e Trasp.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2012 il dott. Carlo Taglienti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ex art. 25 legge n. 241/90 notificato il giorno 8 giugno 2012 e depositato il 20 successivo la società GENESI NET s.r.l. ha impugnato il diniego del Comitato Centrale per l'Albo delle persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto per conto terzi, di accesso a documentazione amministrativa relativa alla gara per l'affidamento del servizio di supporto al Responsabile del procedimento del suddetto Comitato per le attività in materia amministrativa e contrattuale per l'anno 2012, chiedendo altresì la declaratoria giudiziale del diritto a tale

accesso.

Con motivi aggiunti la stessa società ha impugnato gli atti della suddetta gara, medio tempore svolta, e della quale l'Amministrazione aveva dato notizia, relativamente alla graduatoria, sul sito istituzionale web, chiedendo il subentro ai sensi dell'art. 124 c.p.a.

1-Premesso di aver svolto lo stesso servizio, quale vincitrice di precedente gara, fino al 31 gennaio 2012 e di avere quindi un interesse qualificato alla partecipazione alla nuova procedura concorsuale indetta con deliberazione del 15 marzo 2012 ed alla quale non era stata invitata nonostante una sua esplicita dichiarazione d'interessi, della quale il Comitato aveva "preso atto", la Genesi Net impugna il diniego esplicito all'accesso alla documentazione della procedura di gara, motivato con l'affermazione che l'accesso sarebbe riservato ai partecipanti alla gara stessa. Deduce violazione dell'art. 22 e ss. della legge n. 241/90 in relazione all'art. 24 comma 7 stessa legge; violazione dell'art. 24 Cost; eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà: considerato il suo interesse qualificato alla partecipazione alla gara, ritiene di aver diritto di conoscere gli atti di detta procedura ai fini di una eventuale impugnazione, trovandosi in una posizione giuridicamente rilevante ai sensi del citato art. 22.

2-Con motivi aggiunti la Genesi Net ha impugnato gli atti di gara, deducendo:

a) Violazione dell'art. 27 del d.lgs n. 163/2006 per difetto di pubblicità e trasparenza ed indebita restrizione di concorrenza; violazione della legge 241/90 e dei principi di imparzialità, trasparenza, efficienza buona amministrazione; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, per travisamento dei fatti, illogicità e contraddittorietà: la procedura è viziata per mancato invito della ricorrente a partecipare alla gara, in quanto precedente assegnataria dello stesso servizio; comunque la decisione di non interpellarla doveva essere specificamente motivata; al contrario l'Amministrazione, successivamente alla decisione di indire la gara senza invitare la ricorrente, ad una esplicita dichiarazione d'interesse della stessa replicava prendendone atto;

b) violazione degli artt. 48, 57 e 122 del d.lgs n. 163/2006; eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità, nonché per difetto di motivazione e sviamento: la gara si è svolta senza previa pubblicazione del relativo bando; sono stati concessi solo 12 giorni per presentare le offerte, senza che fossero esplicitati particolari motivi d'urgenza; non sono state valutate nel merito le offerte meramente "virtuali".

3- Si è costituita l'Amministrazione intimata, che ha prodotto relazione illustrativa a firma del Presidente del Comitato Centrale per l'Albo nazionale delle persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto di cose per conto terzi.

In tale relazione si legge che il Comitato ha avviato la procedura in questione in base all'art. 10 comma 7 del d. lgs 163/2006, non avendo all'interno personale qualificato per il servizio di che trattasi.

Preliminarmente eccepisce l'inammissibilità del ricorso per avere la ricorrente impugnato il silenzio diniego, mentre risulta emesso un esplicito diniego di accesso, non impugnato tempestivamente; nel merito la richiesta di accesso è infondata non vantando la ricorrente una posizione differenziata ed un interesse diretto; la Genesi Net non è stata invitata in applicazione del principio della rotazione di cui all'art. 125 c.11 de d.lgs 163/2006 previsto per il cottimo fiduciario, procedura scelta dall'Amministrazione nella fattispecie; l'art. 331 del Regolamento di esecuzione (dpr 207/2010) esclude gli obblighi di pubblicità e di comunicazione di cui all'art. 124 del codice degli appalti in relazione a procedure negoziate sotto soglia; l'importo della gara rientra nei limiti di legge.

Con memoria parte ricorrente insiste sull'obbligo di invito in qualità di gestore uscente del servizio; esclude si sia fatta corretta applicazione del principio di rotazione essendo stata invitata una sola volta; afferma che la procedura in esame può non essere pubblicizzata in ambito sovranazionale, permanendo tuttavia l'obbligo della pubblicità in ambito nazionale.

4-Tanto premesso il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato in entrambi i suoi aspetti.

4.1- Circa l'accesso, deve preliminarmente rilevarsi come il ricorso qui depositato sia puntualmente rivolto contro la nota del Comitato del 24.4.2012 che nega esplicitamente il diritto di accedere agli atti di gara; pertanto appaiono infondate in fatto le eccezioni di inammissibilità ed irricevibilità del ricorso ex art. 25 legge n. 241/90.

Il diniego di accesso è motivato con l'affermazione che la conoscenza degli atti di gara è riservata ai soli partecipanti.

Ma a prescindere dalla illogicità di una tale soluzione proprio in relazione a soggetti che lamentano il mancato invito alla gara e comunque la mancata conoscenza della stessa, la giurisprudenza ha affermato la sussistenza di una posizione differenziata in capo al soggetto precedentemente aggiudicatario dello stesso servizio (cfr TAR Latina n. 1580/2006); infatti si tratta di soggetto che per tabulas risulta in possesso degli specifici requisiti richiesti per l'aggiudicazione di quel servizio; egli ha quanto meno diritto a conoscere l'esistenza della procedura concorsuale e verosimilmente le ragioni per le quali non è stato invitato a partecipare; ciò tanto più vale nel caso concreto in cui la società aveva esplicitamente dichiarato l'interesse a partecipare alla nuova selezione, dell'esistenza della quale aveva avuto mero sentore, non essendo appunto stata invitata.

Deve pertanto affermarsi il diritto del ricorrente a conoscere tutti gli atti della gara per l'affidamento del servizio in esame, con obbligo dell'Amministrazione di provvedere, restando comunque in capo al ricorrente un interesse a conoscere tutti gli atti, a fini anche diversi rispetto al solo annullamento della procedura, disposto con la presente sentenza, come di seguito si dirà.

4.2- Ad avviso del Collegio la gara a cottimo fiduciario svolta dall'Amministrazione risulta affetta da vizi di scarsa trasparenza e pubblicità, come evidenziato dalla società ricorrente.

In primo luogo, applicando proprio il principio di cui all'art. 125 c.11 del d. lgs 163/2006, invocato dalla resistente, che prevede anche per il cottimo fiduciario il rispetto della trasparenza, non appare certo comportamento trasparente quello di una amministrazione che avendo indetto una procedura senza invitare un determinato soggetto, alla sua esplicita dichiarazione d'interesse alla partecipazione alla procedura stessa risponde "prendendone atto", senza esplicitare le ragioni, che poi ha sostenuto in giudizio, in base alle quali ha ritenuto di non invitarla.

Inoltre non si può ammettere che il combinato disposto degli artt. 124 del codice e 331 del Regolamento escludano ogni forma di pubblicità per i servizi sotto soglia: le norme consentono semplicemente di non seguire le disposizioni sugli obblighi di pubblicità e comunicazione a livello sovranazionale, fermo restando il principio generale della trasparenza per tutti gli importi superiori a 20.000 euro in ambito nazionale (cfr TAR Sardegna n. 212/2011), come del resto esplicitamente afferma la specifica norma sul cottimo fiduciario (art. 125 c.11 cit)

Quindi nella fattispecie l'amministrazione avrebbe dovuto dare pubblicità alla procedura, seppure ristretta nell'ambito del cottimo fiduciario (rispetto del principio di trasparenza). Nel rispetto appunto di tale principio avrebbe peraltro potuto inserire nell'avviso il criterio della rotazione, dando la possibilità a chi ne avesse interesse di contestarlo da subito e non a gara aggiudicata.

Ed infatti l'utilizzo di tale criterio di rotazione avrebbe avuto necessità di disposizioni applicative, in ordine ad es. alla esclusione dall'invito di coloro che avessero solo partecipato ovvero fossero risultati aggiudicatari di precedenti servizi, ed alla eventuale reiterazione della partecipazione o delle aggiudicazioni.

E' chiaro comunque che detto principio non può essere invocato ex post in sede difensiva, senza nemmeno esplicitarlo all'atto in cui l'interessata chiede di partecipare.

Le sopra evidenziate violazioni del principio di trasparenza rendono illegittima la procedura svolta per l'affidamento del servizio in questione, con conseguente annullamento della stessa.

4.3- Nelle conclusioni dei motivi aggiunti parte ricorrente chiede anche di conseguire l'aggiudicazione ex art. 124

c.p.a. e di subentrare nel contratto.

Tale domanda tuttavia non può essere accolta in quanto il diritto a partecipare alla selezione non comporta necessariamente l'acquisizione della prima posizione in graduatoria e quindi il diritto a vedersi aggiudicato il servizio; manca cioè il nesso diretto di causalità tra la pronuncia e la richiesta di aggiudicazione e subentro.

4.4- La condanna al pagamento delle spese di giudizio segue la soccombenza, esse sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Ministero ed il Comitato resistenti al pagamento in favore della società ricorrente delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 3.000.00 (tremila)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere, Estensore

Giampiero Lo Presti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)