



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 734 del 2012, proposto da:

Consorzio Europa Servizi Formazione e Terzo Settore, in persona del legale rappresentante p.t. , dott.ssa Anna Maria Orlandini, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Loredana Mele, con domicilio eletto presso avv. Roberto De Giuseppe in Lecce, via Pietro Marti, 9/A;

***contro***

Associazione dei Comuni dell'Ambito Territoriale Sociale N 2 di Maglie;

***nei confronti di***

Solidarieta' Soc Coop Sociale Arl, Ciss Societa' Cooperativa Sociale Onlus, Auxilium Societa' Cooperativa Sociale Arl Onlus, Comunita' San Francesco Cooperativa Sociale Srl;

***per l'annullamento***

della nota prot. n. 1108 del 13.4.2012, a firma del Responsabile dell'Ufficio di Piano dell' Associazione dei Comuni dell'Ambito Territoriale Sociale n. 2 di Maglie, in riscontro a un'istanza di accesso agli atti di gara relativi alla procedura aperta indetta dalla predetta associazione per " l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sociale (SAD) in favore di persone anziane, limitatamente alla decisione del responsabile dell'ufficio di piano di respingere la richiesta di accesso all'offerta tecnica-progettuale presentata dalle ditte partecipanti alla procedura de qua;

della nota prot. n. 1137 del 23.4.2012, a firma del Responsabile dell'Ufficio di Piano dell' Associazione dei Comuni dell' Ambito Territoriale Sociale n. 2 di Maglie, in riscontro al "preavviso di ricorso" avverso il suddetto diniego, limitatamente alla parte in cui si conferma il già disposto diniego di accesso all'offerta tecnico-progettuale presentata dalle ditte concorrenti di cui alla citata precedente nota prot. n. 1108/2012;

di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

per il riconoscimento del diritto di accesso agli atti di gara relativi alla procedura aperta indetta dall'associazione dei comuni dell'ambito territoriale sociale n. 2 di maglie per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sociale (sad) in favore di persone anziane e, in particolare, all'offerta tecnica-progettuale presentatata dalle ditte partecipanti alla procedura de qua;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2012 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori avv.to M. L. Mele.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Il Consorzio ricorrente ha partecipato ad una gara indetta dall'Associazione dei Comuni dell'ambito territoriale sociale n.2 di Maglie per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sociale in favore di persone anziane, per un importo a base d'asta di € 620.000, oltre IVA .

Lo stesso Consorzio si è collocato , in esito alle operazioni di gara, ultimo in graduatoria, venendo preceduto dalla Cooperativa Sociale C.I.S.S. di Tricase, dalla costituenda A.T.I. composta da Auxilium – Società Cooperativa Sociale a r.l. Onlus di Senise e Comunità San Francesco Cooperativa sociale s.r.l. di Ugento , nonché, infine, da Solidarietà , Soc. Cooperativa sociale a r.l. di Parabita, alla quale ultima l'appalto è stato aggiudicato in via provvisoria.

Con istanza prot .3213 del 26.3.2012, il Consorzio Europa ha rivolto alla P.a. richiesta di accesso agli atti diretta a conoscere tutta la documentazione ( quindi,anche l'offerta tecnico-progettuale) prodotta in sede di gara dalle concorrenti meglio collocatesi in graduatoria , ivi inclusa la documentazione presentata dai primi due classificati in un momento successivo della gara, al fine di comprovare il possesso dei requisiti prescritti dal bando .

Dopo aver informato le ditte della suddetta istanza di accesso agli atti, onde garantir loro la facoltà di formulare motivata opposizione all'ostensione dei documenti, la P.a. ha, in un primo momento, emanata una nota con la quale ha comunicato al Consorzio Europa che , essendo pervenute nei termini richieste di opposizione da parte delle prime due ditte in graduatoria ( cui la P.a. si è interamente riportata) ..” viene respinta la richiesta di accesso all'offerta tecnica progettuale presentata dalle ditte partecipanti alla gara”.(vedi nota del 13.4.2012).

Anche di fronte alla preannunciata volontà di proporre ricorso, ai sensi dell'art 243 bis del Codice appalti di cui al d.lgs 163/06, la P.a. ha confermato , con nota del 23 aprile 2012, il diniego di accesso all'offerta tecnica progettuale, per come reso noto con precedente nota del 13 aprile .

Entrambe le note emanate dall'associazione dei Comuni intimata sono state impugnate dal Consorzio Europa al fine di tutelare il proprio diritto di accesso agli atti della gara, che viene ritenuto, nel caso di specie, non comprimibile nemmeno con riguardo all'offerta tecnica progettuale, ai sensi dell'art 13 del d.lgs 163 del 2006.

L'amministrazione locale intimata non si è costituita in giudizio.

La controversia è passata in decisione alla camera di consiglio del 26 luglio 2012.

#### DIRITTO

Il ricorso è meritevole di accoglimento.

L'istanza di accesso agli atti della gara indetta dalla P.a. intimata, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare sociale in favore degli anziani, è stata solo parzialmente accolta dalla stessa P.a..

L'accesso agli atti è stato consentito limitatamente alla documentazione comprovante il possesso, da parte delle Cooperative C.I.S.S. e Solidarietà , dei requisiti prescritti dal bando di gara venendo, invece, respinto con riguardo all'offerta tecnica progettuale presentata da entrambe le ditte sopra richiamate.

Occorre evidenziare, in proposito, che la P.a. ha ritenuto di condividere per intero le ragioni che hanno indotto le Cooperative contro interessate a produrre motivata istanza di opposizione all'accesso, ai sensi dell'art 3 del D.P.R.

Questo vuol dire che lo scrutinio di legittimità del diniego opposto all'istanza prodotta dal Consorzio ricorrente

deve avere ad oggetto, sostanzialmente, la fondatezza dell'atto di opposizione.

Le Cooperative su richiamate hanno sostenuto la tesi secondo la quale l'istanza di accesso agli atti concernente l'offerta tecnica progettuale presentata in gara da una ditta non può trovare accoglimento a motivo della asserita violazione della riservatezza delle informazioni a carattere tecnico e commerciale specificamente tutelata, del resto, da apposita disposizione legislativa rintracciabile nell'art.13, comma 5 del d.lgs 163/06.

Detta ultima norma stabilisce, invero, che *“ fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione : alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali..”* .

Il Collegio ritiene, però, che la regola di soluzione del conflitto apertosi con il presente ricorso vada ricercata nella disposizione immediatamente successiva, e cioè nel comma 6<sup>^</sup> dello stesso art.13 su citato.

La regola del divieto di divulgazione soffre, infatti, eccezione quando il soggetto accedente intende tutelare in ogni sua forma il diritto di difesa in giudizio.

In tal caso, *“ in relazione all'ipotesi di cui al comma 5 , lettere a e b- dunque , anche con riguardo al contenuto dell'offerta tecnica che implichi l'accesso a segreti tecnici o di natura commerciale , , è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso”* .

Ciò significa, con tutta evidenza, che l'accesso agli atti deve essere teleologicamente orientato all'esercizio del diritto di difesa in giudizio, cioè deve essere prodromico alla valutazione circa l'eventuale proposizione di una iniziativa giurisdizionale , e non può risolversi in un atto meramente esplorativo o, peggio, di natura emulativa.

Entro questi limiti , e quando l'accesso presenta siffatte caratteristiche, la tutela della riservatezza commerciale di una ditta deve ritenersi cedevole rispetto alla difesa in giudizio della concorrente, in coerenza con la rilevanza costituzionale del bene protetto.

Nel caso che ci occupa, il Collegio stima che l'accesso agli atti formulato dal Consorzio ricorrente possedesse i caratteri sopra descritti.

Ciò è tanto più vero non solo se si pone mente all'articolata richiesta di accesso rivolta alla P.a. che ha indetto la gara, nel corpo della quale si cita anche l'istanza di autotutela precedentemente veicolata all'indirizzo della stazione appaltante (a segnalazione della volontà di percorrere ogni possibile strumento legale a protezione dei propri interessi) - ma anche se si volge lo sguardo al preannuncio di ricorso, che il Consorzio ha inoltrato alla P.a. ex art. 243 bis d.lgs 163/2006

Il Collegio reputa, pertanto, che l'istanza di accesso agli atti , per come formulata dal Consorzio Europa , sia perfettamente riconducibile al paradigma normativo tracciato dal legislatore nell'ambito del precetto legale ricordato.

Va, pertanto, condannata la P.a. a consentire l'accesso, da parte del Consorzio ricorrente, all'offerta tecnica progettuale presentata dalle Cooperative contro interessate , con conseguente annullamento delle note che formano oggetto di odierno gravame.

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

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla le due note impugnate; condanna la P.a. intimata a consentire al ricorrente di accedere all'offerta tecnica progettuale, come in motivazione, nel termine di trenta giorni dalla data della presente decisione.

Condanna l'Associazione dei Comuni intimata alla rifusione delle spese di giudizio che liquida in € 700, oltre Iva e CPA come per legge.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario, Estensore

Paolo Marotta, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2012

IL SEGRETARIO

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