



Visto l'atto di costituzione in giudizio di Coop. Soc. ██████████

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 il dott. Francesco Gaudieri e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.- Con il ricorso in esame, notificato e depositato il 17.2.2017, la soc. coop. Soc. '██████████ dell'Aquila' impugna il diniego, espresso dal Comune di Corato con nota prot. N. 3585 del 25.1.2017, all'istanza di accesso formulata dalla ricorrente, intesa a conoscere l'offerta tecnica presentata dalla società cooperativa sociale ██████████, prima classificata nell'ambito della gara per l'affidamento della gestione dell'asilo nido comunale, nella quale parte ricorrente si è classificata seconda. Le motivazioni del diniego riposano sulla circostanza che l'aggiudicataria, interpellata in ordine all'istanza di accesso, ha espresso la propria contrarietà, richiamandosi ad una "nota sulla riservatezza dei dati", asseritamente posta in calce al progetto, sostenendo che " il progetto è il prodotto di studi, scelte, esperienza professionale e capacità d'inventiva che non possono essere resi pubblici", richiamandosi anche alla Corte di Giustizia Europea in merito alla riservatezza dei dati concernenti i segreti industriali e commerciali. Avverso il diniego è insorta la ricorrente Cooperativa deducendo violazione ed erronea applicazione dell'art. 53 d. lgs n. 50/2016 e degli artt. 22 e ss l.n. 241/90

2.- Il Comune di Corato, benchè ritualmente evocato, non risulta costituito in giudizio.

3.- Resiste la controinteressata Coop. Soc. ██████████ chiedendo la reiezione della domanda.

Dopo aver ricordato che la ricorrente non si è gravata contro le ammissioni dei partecipanti alla gara, benchè conosciute con nota p.e.c. del 14.12.2016 e neppure contro l'aggiudicazione alla prima graduata, benchè conosciuta per effetto della comunicazione del 10 febbraio 2017, ha eccepito il difetto di legittimazione e di interesse a ricorrere in capo alla deducente per omessa impugnazione degli atti del procedimento di gara, affermando che solo al concorrente che abbia partecipato alla gara può essere consentito l'accesso agli atti di gara, purchè la documentazione richiesta sia effettivamente funzionale alla difesa dei diritti : nel caso di specie, la ricorrente, sul piano soggettivo non risulta più partecipante alla gara; sul piano oggettivo non ha più esigenze difensive in giudizio, lasciando emergere soltanto un mero intento di conoscere l'altrui progetto tecnico. Sostiene che la tutela del diritto alla riservatezza è destinata a recedere rispetto all'interesse conoscitivo dell'istante solo qualora sia esercitato per la difesa giudiziale e in via strettamente collegata alla posizione processuale dello stesso del quale deve essere dato prova. Aggiunge che nella valutazione dei contrapposti interessi, non può prescindere dalla circostanza che il soggetto istante è un diretto concorrente del redattore dell'offerta tecnica non solo nella gara d'interesse ma, in generale, nel settore imprenditoriale di riferimento. Nel caso di specie, entrambi operano nello stesso settore dei servizi

sociali, con una posizione di mercato non paritaria quanto al numero degli addetti (273 la controinteressata; 19 la ricorrente); il progetto in questione contiene un dettagliato modello organizzativo certificato (e non una semplice gestione dell'asilo nido comunale) redatto secondo la procedura pro-AET. La ricorrente, peraltro, neppure in sede processuale ha rappresentato il proprio interesse all'ostensione.

4.- Con memoria depositata il 6 giugno 2017, la ricorrente ha replicato alle tesi difensive di controparte.

5.- Alla camera di consiglio del 14 giugno 2017, sulla conclusione delle parti presenti come da verbale di udienza, il Collegio si è riservata la decisione.

5.-Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

5.1.- Gioverà ricordare che la prima istanza di accesso della società ricorrente, presentata in data 5.1.2017, è stata parzialmente riscontrata con l'esibizione dei soli verbali di gara e le schermate del sistema telematico ma senza l'ostensione dei documenti di gara, per cui l'interessata rinnovava l'istanza in data 9.1.2017 chiedendo di accedere all'offerta tecnica ed a quella economica in formato integrale, denegata, per ragioni di riservatezza del progetto tecnico elaborato dalla società aggiudicataria che si opponeva all'accesso.

5.2.- Il ricorso in esame pone, dunque, al Collegio il delicato tema del rapporto tra accesso e riservatezza in materia di documentazione prodotta in sede di partecipazione a pubblici incanti, con particolare riferimento all'ipotesi in cui l'accesso viene chiesto quando la parte istante non avrebbe più la possibilità di impugnare l'aggiudicazione disposta in favore del soggetto che ha prodotto la documentazione ritenuta non ostensibile per motivi di riservatezza.

5.3.- In verità la giurisprudenza, anche di questo Tribunale, è attestata a ritenere che :

- pur essendo vero che il diritto di accesso è attribuito (anche) per la tutela non necessariamente giurisdizionale di posizioni giuridicamente rilevanti, esso può tuttavia sussistere a prescindere dall'attualità dell'interesse ad agire per la difesa in via giudiziale di una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo, né è ostacolato dalla pendenza di un giudizio civile o amministrativo, nel corso del quale gli stessi documenti potrebbero essere richiesti (Cons. Stato, sez. IV, 14.2. 2006 n. 573);

- ciò che compete all'amministrazione (e successivamente al giudice, in sede di sindacato sull'operato di questa), sulla base della motivazione della richiesta di accesso (art. 25, co. 2, l. n. 241/1990), è dunque la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto con la posizione soggettiva dell'istante e gli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso. Ma, al contrario, l'amministrazione non può subordinare l'accoglimento della domanda alla (propria) verifica della proponibilità e/o ammissibilità di azioni in sede giudiziaria.

- il diritto di accesso quale "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza" (art. 22, co. 2, l. n. 241/1990), può subire limitazioni nei soli casi indicati dalla legge - costituenti eccezione in attuazione di un bilanciamento di valori tutti costituzionalmente tutelati al detto principio generale - e non già sulla base di unilaterali

valutazioni dell'amministrazione in ordine alla maggiore o minore utilità dell'accesso ai fini di una proficua tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive dell'istante.

5.4.- Trasponendo le riferite acquisizioni giurisprudenziali al caso in esame, deve ritenersi che, benchè sia decorso il termine per l'impugnazione, permanga in capo a parte ricorrente l'interesse all'accesso in quanto sulla scorta di una valutazione prognostica, allo stato attuale non può escludersi sotto un profilo oggettivo l'utilità, ricavabile dalla conoscenza degli atti di cui all'istanza, ben potendo essa procedere ad attivare altre forme di tutela giurisdizionale od anche a sollecitare interventi di ripristino della legalità da parte della stessa amministrazione o in altra sede giudiziaria. Deve, pertanto, rigettarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse, come, peraltro, più volte già affermato da questa Sezione (ex multis n. 895/2016, a mente delle cui indicazioni "l'accesso, in quanto strumentale ad imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa (art. 22, comma 2, L. n. 241/1990) nei confronti sia di titolari di posizioni giuridiche qualificate che di portatori di interessi diffusi e collettivi (art. 4 DPR n. 184/2006), deve comunque essere assicurato a prescindere dall'effettiva utilità che il richiedente ne possa trarre e, dunque, è ammissibile anche quando siano decorsi i termini per l'impugnazione o se la pretesa sostanziale che sottende l'accesso sia infondata".

6.- Nella prospettazione attorea, la determinazione negativa adottata dall'ente resistente nei suoi confronti sarebbe illegittima, poiché assunta in violazione del comma 6, dell'articolo 53 D. Lgs 50/2016, che imporrebbe senz'altro la prevalenza all'accesso defensionale, rispetto alla tutela dei segreti tecnici o commerciali, adottati dall'aggiudicataria a sostegno dell'opposizione all'accesso e recepiti dal Comune intimato.

Aggiunge, inoltre, che nell'opposizione all'istanza di accesso non sarebbe indicato alcun brevetto, e che l'amministrazione non avrebbe versato in atti documentazione idonea ad attestarne l'effettiva esistenza.

La controinteressata contesta l'applicabilità a favore della ricorrenti dell'ipotesi di cui al citato comma 6, dal momento che, non avendo essa impugnato l'aggiudicazione definitiva della gara in questione, l'accesso sarebbe azionato al solo scopo di giovare alle altrui specifiche competenze per conseguire un indebito vantaggio concorrenziale entro lo stesso segmento di mercato.

6.1.- Il Collegio è dell'avviso che i documenti richiesti debbano essere visionati non essendovi ragioni valide per sottrarli all'accesso.

6.2.- Già nel previgente Codice dei contratti, l'art. 13 del d. lgs n. 163/2006, stabiliva che erano sottratti all'accesso e ad ogni forma di divulgazione, tra gli altri documenti, "le informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici e commerciali (art. 13, comma 5, lett. a).

Si aggiungeva al comma 6 che l'accesso è comunque consentito al "concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso".

La giurisprudenza, *ratione temporis*, formatasi sulla citata disposizione era orientata a ritenere che :

-la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, per la prima volta, in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta, come si desume:

- sul piano letterale, dai riferimenti effettuati alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte", e dalla dichiarazione, anch'essa resa dall' "offerente", in ordine al dato che le stesse costituiscono segreto tecnico o commerciale;

- sul piano della ragionevolezza interpretativa, dal fatto che tale indicazione non può costituire un impedimento frapposto ex post dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti;

-competete all'amministrazione aggiudicataria, in sede di valutazione dell'istanza di accesso eventualmente pervenuta, valutare, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dalla offerente poi risultata aggiudicataria, se l'inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale si fondi su una "motivata e comprovata dichiarazione".

6.3.- Nell'attuale Codice dei contratti pubblici, l'accesso agli atti e la riservatezza sono stati disciplinati dall'art. 53. Tale norma— dopo aver previsto che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 – contiene una serie di prescrizioni specifiche in materia di procedure di aggiudicazione, sovrapponibili - per quanto qui interessa - a quelle di cui all'art. 13.

Più precisamente sancisce innovativamente che, in relazione alle offerte, il diritto di accesso è differito fino all'aggiudicazione. Prevede inoltre che "il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione sono esclusi in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" (art. 53 comma 5 lett a), già contenuto nell'art. 13, comma 5 lett. a), del D.Lgs. 163/2006).

Tuttavia, anche in relazione a tale ipotesi, consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento (art. 53 comma 6).

Pertanto, anche nel nuovo contesto normativo risultano utilizzabili le precedenti acquisizioni giurisprudenziali

6.3.1.- Nel caso in esame, occorre pertanto rilevare che :

- la semplice circostanza, peraltro, riportata nella nota sulla riservatezza, che il progetto è prodotto di studi, scelte, esperienza professionale , ed è stato redatto sulla base di studi ed approfondimenti, non può costituire motivazione ad ostacolare l'accesso agli atti, trattandosi di caratteri propri dell'offerta tecnica di qualunque impresa;

- le ragioni esternate dalla controinteressata non appaiono ragionevolmente e congruamente apprezzabili non essendo stati forniti analitici elementi per giustificare l'esistenza di segreti industriali e commerciali e neppure è stato dimostrato né solamente indicato l'eventuale pregiudizio che la loro divulgazione arreherebbe alla cooperativa controinteressata-

- ad ogni buon fine, la controinteressata ha manifestato opposizione all'accesso e l'Amministrazione si è conformato pedissequamente alle richieste della controinteressata, senza un autonomo e critico apprezzamento delle ragioni addotte e della loro validità, stante la prevalenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono tutti i procedimenti ad evidenza pubblica (Tar Bari Sez. I n. 546/20169).

7. - Ne consegue che il ricorso deve essere accolto, con declaratoria dell'obbligo a carico dell'Amministrazione di attivare il procedimento per il rilascio di tutti documenti oggetto dell'istanza, i quali dovranno essere messi a disposizione di parte ricorrente, nei termini di seguito indicati. L'accesso, mediante estrazione di copia, andrà consentito entro il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione, o se anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

8. - Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, annulla la nota prot. 3585 del 25.1.2017 ed ordina al Comune di Corato di consentire alla parte ricorrente l'accesso agli atti indicati nell'istanza di accesso del 9.1.2017, entro il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione, o se anteriore, dalla notificazione della presente decisione.

Condanna la soccombente controinteressata al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 1.000,00 oltre accessori e c.u. refuso in favore della ricorrente.

Spese compensate tra le restanti parti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente, Estensore

Viviana Lenzi, Referendario

Cesira Casalanguida, Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Francesco Gaudieri**

IL SEGRETARIO