

Publicato il 06/02/2023

**N. 01231/2023 REG.PROV.COLL.
N. 09872/2022 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 9872 del 2022, proposto da Consorzio Blu Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Giuseppe Vallania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sol.Co. Civitas Consorzio fra Cooperative Sociali di Solidarietà Società Cooperativa Sociale, Seacoop Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Marco Masi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Nuovo Circondario Imolese Cuc per i Comuni di Imola, Castel San Pietro Terme, Medicina, Castel Guelfo di Bologna, non costituito in giudizio;

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per

l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 977/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Sol.Co. Civitas Consorzio fra Cooperative Sociali di Solidarietà Società Cooperativa sociale e di Seacoop Società Cooperativa sociale;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Vallania e Masi;

1. Con ricorso notificato in data 30 settembre 2022, depositato in data 5 ottobre 2022 e rubricato al R.G. n. 678/2022 del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, il raggruppamento tra Consorzio Sol.Co. Civitas Cooperativa Sociale e Seacoop Società Cooperativa Sociale ha impugnato l'aggiudicazione della gara indetta per *“l'affidamento dei servizi educativi, assistenziali, di mediazione ed altri per i comuni di Imola, Castel San Pietro Terme, Medicina, Dozza, Castel Guelfo di Bologna, Mordano, Borgo Tossignano, Fontanelice, Castel del Rio”*, Lotto 1 (Comune di Imola), disposta in favore del Consorzio Blu Società Cooperativa Sociale.

2. Nel ricorso è stata anche avanzata istanza incidentale, *ex art. 116 del c.p.a.*, con riferimento a tutta l'offerta tecnica presentata dal Consorzio Blu, offerta che la stazione appaltante ha messo a disposizione in forma parzialmente oscurata.

3. Il TAR con ordinanza collegiale n. 977/2022 ha accolto l'istanza incidentale *ex art. 116 del c.p.a.*

4. Il Consorzio Blu ha impugnato l'ordinanza sopra citata deducendo le seguenti censure, così rubricate: *“I. ERROR IN IUDICANDO PER VIOLAZIONE PER FALSA INTERPRETAZIONE ED APPLICAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEI COMMI NN. 5*

LETT. A) E 6 DELL'ART. N. 53 DEL D.LGS. 50/2016. II. ERROR IN IUDICANDO PER VIOLAZIONE, SOTTO ALTRO PROFILO, PER FALSA INTERPRETAZIONE ED APPLICAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEI COMMI NN. 5 LETT. A) E 6 DELL'ART. N. 53 DEL D.LGS. 50/2016”.

5. Si sono costituite in giudizio Sol.Co. Civitas Consorzio fra Cooperative Sociali di Solidarietà Società Cooperativa sociale e Seacoop Società Cooperativa sociale chiedendo il rigetto del ricorso proposto e la conferma dell'ordinanza impugnata.

6. Alla camera di consiglio del 19 gennaio 2023 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

7. Una sintesi delle censure proposte dall'appellante è utile per un corretto inquadramento delle questioni sottoposte al Collegio.

8. Con il primo motivo Consorzio Blu argomenta come segue.

8.1. Nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela della riservatezza e il diritto all'esercizio dell'accesso difensivo, risulta necessario accertare l'effettiva sussistenza o meno del nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe su chi agisce.

8.2. La semplice pendenza dell'impugnazione proposta dal raggruppamento temporaneo Sol.Co. avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, senza esplicitazione dell'effettiva necessità della documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio, non può rendere concreto l'interesse all'ostensione della documentazione stessa.

8.3. L'interesse all'ostensione dell'offerta tecnica del Consorzio Blu non esiste, poiché il raggruppamento temporaneo Sol.Co. non può dimostrare una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del raggruppamento

stesso con riferimento alla valutazione tecnica; ciò in considerazione del fatto che esso risulta il partecipante ad aver conseguito il punteggio massimo.

8.4. Il TAR ha condotto un ragionamento in esplicita distonia con la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (a sostegno della propria tesi Consorzio Blu cita, fra le altre, la recente pronuncia di questa Sezione del 20 gennaio 2022, n. 369).

9. Con il secondo motivo Consorzio Blu argomenta come segue.

9.1. L'impugnata ordinanza sostiene che stazione appaltante si è *“limitata a respingere l'istanza di accesso solo in virtù di quanto dichiarato dall'offerente. La stazione appaltante non ha fatto altro che applicare la norma, considerato che il comma 5 dell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici così dispone: “(...) sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione 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 (...)”*. La stazione appaltante ha considerato segreto commerciale ciò è stato identificato come tale da entrambi i concorrenti.

9.2. Il Codice della proprietà industriale non può essere usato, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza impugnata, come unico metro per identificare la presenza o l'assenza di segreti tecnico/commerciali in una gara per l'affidamento di servizi socio educativi, poiché ciò equivarrebbe a sostenere che in tale tipologia di appalti non può esistere questa classificazione di elementi. Infatti, nell'ambito delle gare relative ai servizi alla persona gli elementi progettuali qualitativi ed innovativi costituiscono il fulcro della selezione e rappresentano un patrimonio non danneggiabile.

9.3. Le parti del progetto tecnico che il Consorzio Blu ha motivatamente chiesto di oscurare *“Proposta pedagogica e metodologica; Organizzazione del*

servizio, soluzioni tecnico-gestionali, valutazione e monitoraggio; Proposte migliorative dei servizi senza costi aggiuntivi per l'Amministrazione" rappresentano un rilevante valore se ricondotti alle attività di studio, sperimentazione e ricerca svolte dal Consorzio Blu per la loro ideazione e progettazione, che sarebbero gravemente danneggiate in caso di diffusione e conseguente acquisizione da parte della concorrenza, perdendo il loro valore di originalità.

10. Le censure, così sintetizzate, possono essere esaminate.

11. Sono necessarie, in via preliminare, alcune puntualizzazioni in fatto:

a) la seconda classificata ha proposto istanza di accesso agli atti in data 1° settembre 2022 chiedendo, tra l'altro, il rilascio di copia dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria;

b) il 20 settembre 2022 la stazione appaltante ha accolto parzialmente la richiesta di accesso disponendo il diniego rispetto al contenuto integrale dell'offerta, così motivando: *"Per quanto riguarda invece l'ostensione dell'offerta tecnica in forma integrale, non si ritiene che questo documento presenti caratteri di stretta indispensabilità in relazione all'esigenza di tutela manifestata dall'istante e che pertanto la compressione del diritto di riservatezza di segreti tecnici e commerciali dell'impresa prima in graduatoria non risulti pienamente giustificato. Non si consente quindi l'accesso a tale documento"*;

c) l'offerta tecnica trasmessa dalla stazione appaltante (doc. 19 produzioni in primo grado del raggruppamento Sol.Co. Civitas) si compone di n. 30 pagine e solo la parte da pagina 22 a pagina 27 e le poche righe della parte introduttiva di pagina 1 non sono state oscurate.

12. Il presupposto di fatto da cui partire è che, nella sostanza, nulla dell'offerta tecnica è stato reso disponibile, con la conseguenza che la seconda classificata non ha alcuna possibilità di comprendere con quali criteri sono stati attribuiti i punteggi alla prima.

13. La valutazione dell'offerta tecnica è avvenuta sulla base di quattro voci (allegato A al verbale di gara n. 3 del 29 luglio 2022, documento 7 produzioni in primo grado di Sol.Co. Civitas):

a) proposta pedagogica e metodologica, punteggio massimo 25 il Consorzio Blu ha ottenuto 20 punti;

b) organizzazione del servizio, soluzioni tecnico gestionali, valutazione e monitoraggio, punteggio massimo 25, il Consorzio Blu ha ottenuto 17,5 punti;

c) qualificazione tecnico professionale degli operatori impiegati e strumenti per garantirne la continuità, punteggio massimo 20, il Consorzio Blu ha ottenuto 20 punti;

d) proposte migliorative dei servizi senza costi aggiuntivi per l'amministrazione, punteggio massimo 10, il Consorzio Blu ha ottenuto 9 punti.

14. L'offerta tecnica, come anticipato, è stata sostanzialmente del tutto oscurata e, in particolare, non è stata resa disponibile tutta la proposta pedagogica, l'organizzazione del servizio, le proposte migliorative.

15. E' del tutto irrilevante che la seconda classificata abbia conseguito il punteggio massimo per l'offerta tecnica; ciò non significa che essa non possa dolersi del punteggio assegnato all'aggiudicataria. Il totale oscuramento dell'offerta impedisce di comprendere se i punteggi siano stati attribuiti correttamente.

16. Anche applicando la giurisprudenza più restrittiva sull'art. 53 comma 6 del d.lgs. 50/2016, su cui poggiano buona parte degli argomenti dell'appellante, l'onere della prova sulla "stretta indispensabilità" è assolto, perché per poter valutare se il punteggio complessivo attribuito all'offerta tecnica dell'aggiudicataria è corretto, occorre poterla analizzare.

17. In definitiva, il primo motivo di appello è infondato posto che:

a) come ben osserva la difesa del raggruppamento Sol.Co. Civitas, a pagina 10 della propria memoria di costituzione, la conoscenza del contenuto dell'offerta tecnica è fondamentale per fini difensivi nel giudizio pendente davanti al TAR Emilia Romagna R.G. 678/2022; la richiesta risulta di stretta indispensabilità per poter eventualmente proporre ulteriori censure, avverso l'aggiudicazione, mediante ricorso per motivi aggiunti;

b) il precedente su cui poggiano maggiormente le argomentazioni dell'appellante (Consiglio di Stato, sez. V, 20 gennaio 2022, n. 369) è inconferente, perché riferito a un caso in cui le parti oscurate dell'offerta tecnica erano relative a un treno di nuova tecnologia, cosicché l'ostensione parziale mirava a evitare la rivelazione di segreti industriali di natura tecnica; in ogni caso, l'istanza di accesso avrebbe avuto natura esplorativa, non essendo stata dimostrata la "stretta indispensabilità" a fini difensivi della richiesta documentazione, circostanza che, come si è visto, non ricorre affatto nel caso qui esaminato, in cui la "stretta indispensabilità" è del tutto pacifica;

c) soltanto la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale non legittima l'accesso, che sarebbe meramente esplorativo, a informazioni riservate, perché difetterebbe la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 64); in questo caso, la differenza di punteggio complessivo tra la prima e la seconda classificata è di 3,29 punti ed è pacifico che vi sia l'interesse a comprendere le modalità di attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica.

18. Anche il secondo motivo di appello è infondato posto che l'ordinanza del primo Giudice è da condividere appieno laddove afferma che l'amministrazione si è limitata a respingere l'istanza di accesso solo in virtù di quanto dichiarato dall'offerente senza alcuna autonoma valutazione sulla

effettiva sussistenza di segreti tecnici e commerciali dell'impresa prima in graduatoria.

19. L'appello deve quindi essere respinto in quanto la domanda di accesso è pienamente conforme alla disciplina di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 in relazione all'interesse a ricorrere perché è stata dimostrata l'effettiva utilità della documentazione richiesta e, in conseguenza, il necessario preliminare espletamento della c.d. prova di resistenza al fine di verificare la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e la tutela degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso.

20. Le spese del grado di giudizio, vista la particolarità della questione e la difficoltà di individuare il criterio discretivo della "stretta indispensabilità" ai fini dell'accoglimento della domanda di accesso, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e per l'effetto conferma l'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 977/2022.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO