

Pubblicato il 30/11/2018

N. 01549/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01005/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1005 del 2018, proposto
da

Nuova Perla s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Pio
Gaudiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia,
rappresentata e difesa dagli avvocati Loredana Papa, Simonetta
Mastropieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio della prima in Bari,
Via M. di Montrone, 60

nei confronti

Saf s.r.l.;

Consorzio Acotras Società Cooperativa a responsabilità limitata;

Leader Service Società Cooperativa;

Scala Enterprise s.r.l.,

Dom.Pla. società a responsabilità limitata;

Orilia s.r.l.;

A.Me.F. Multiservice s.r.l.;

Consorzio Progetto Multiservizi – Consorzio Stabile.

per l'annullamento

- del diniego di accesso agli atti e ai documenti amministrativi afferenti, comunicato a mezzo pec del 23.07.2018 alla ricorrente Nuova Perla SRL dalla resistente Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia, Struttura Gestione del Patrimonio, nonché per l'accertamento del diritto ad accedere alla documentazione oggetto dell'istanza proposta in data 23.7.2018.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2018 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società Nuova Perla s.r.l. ha partecipato alla procedura aperta, in modalità telematica, per l'affidamento del servizio triennale di facchinaggio presso l'Azienda ospedaliero-universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia, attualmente in corso di espletamento.

In data 23.7.2018 la ricorrente ha proposto istanza di accesso agli atti, in particolare chiedendo l'ostensione:

1) del verbale n. 1 del 22.5.2018, relativo all'esame delle *"buste telematiche per la verifica della regolarità e della completezza della documentazione amministrativa"*, nonché per *"l'apertura delle buste telematiche contenenti le offerte tecniche per la conseguenziale ammissione alle successive fase del procedimento"*;

2) del verbale n. 2 di riunione riservata del 7.6.2018, riguardante la documentazione giustificativa richiesta dalla commissione giudicatrice nel sopra citato verbale n. 1, vale a dire la produzione – in adempimento al disposto soccorso istruttorio – della certificazione di qualità posseduta da alcuni concorrenti, nominalmente indicati (Saf, Consorzio-Progetto Multiservizi, Consorzio Acotras, Leder Service, Scala Entepreice, Dompla e Orilla)

3) del verbale n. 2 di riunione pubblica del 5.7.2018, relativo all'apertura delle offerte economiche, in esito alla quale sarebbe stata individuata la concorrente prima in graduatoria.

Tale istanza di accesso è stata, però, respinta dalla stazione appaltante, avendo quest'ultima comunicato il differimento dell'ostensione successivamente all'aggiudicazione dell'appalto.

La ricorrente ha dedotto, con unico ed articolato motivo, la violazione degli artt. 1, 2, 3, 22, comma 1, lett. b) e 6 e 24,

comma 7, della legge 241/1990; degli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione; del d.lgs. 33/2013; dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016; dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché l'eccesso di potere per manifesta contraddittorietà, difetto d'istruttoria e travisamento dei fatti.

Si è costituita in giudizio l'Azienda ospedaliero-universitaria Ospedali Riuniti di Foggia, opponendosi al ricorso e chiedendone la reiezione.

All'udienza in Camera di Consiglio del 21 novembre 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione, previa indicazione alle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3 del codice del processo amministrativo, della possibile – parziale – improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse conseguente alla disposta aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Il ricorso è in parte fondato e in parte improcedibile, nei sensi di seguito precisati.

L'art. 53, comma 2 del d.lgs. 50/2016 prevede che fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, fattispecie estranee all'odierno contendere, *“il diritto di accesso è differito: (...) c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione; d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione”*.

La giurisprudenza, peraltro richiamata dalla ricorrente, ha precisato l'ambito di applicazione delle sopra citate norme, in particolare rilevando che il differimento dell'accesso *“in relazione alle offerte fino all'aggiudicazione”* concerne esclusivamente

il “*contenuto delle offerte, ed è chiaramente posta a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa contenuta normalmente nella busta A, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti*” (cfr. TAR Lazio – Roma, 25 luglio 2017, n. 8944; TAR Veneto, 26 maggio 2017, n. 512).

Ne deriva l'illegittimità del disposto differimento con riguardo alla documentazione di cui al verbale n. 1 del 22.5.2018 (concernente le buste telematiche per la verifica della regolarità e della completezza della documentazione amministrativa) e del verbale n. 2 di riunione riservata del 7.6.2018 (concernente le certificazioni di qualità prodotte da alcuni concorrenti puntualmente individuati), riferita alla conclusione del procedimento di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016, affatto assimilabile al subprocedimento di verifica di anomalia delle offerte, come erroneamente prospettato dalla difesa della stazione appaltante. Si tratta, infatti, di documenti che attengono ai requisiti di idoneità professionale dei partecipanti alla gara, la cui diffusione neppure comporta alcuna rivelazione o utilizzazione di segreti d'ufficio.

Alla luce della richiamata giurisprudenza non sarebbe stata, di contro, accessibile fino all'aggiudicazione la documentazione relativa alle buste telematiche delle offerte tecniche, né quella relativa all'apertura delle offerte economiche (verbale n. 2 di riunione pubblica del 5.7.2018). Ma a tal proposito occorre considerare che in corso di causa (15.11.2018) l'Azienda resistente ha depositato l'ordinanza n. 437 del 12.11.2018, con

cui la II Sezione di questo Tribunale ha respinto la domanda cautelare proposta dalla società ricorrente nell'ambito del pendente giudizio RG 1234/2018, relativo all'impugnazione degli atti della procedura di gara oggetto del contendere, e, in particolare, dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto, disposta con determinazione direttoriale n. 3377 del 26.9.2018. Il che implica la parziale improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, ossia con riferimento agli atti che, sulla base di quanto rilevato dal Collegio, sono da qualificare come accessibili soltanto in esito all'aggiudicazione definitiva (frattanto disposta).

Nondimeno, la società ricorrente vanta, comunque, un interesse ad ottenere una pronuncia, tenuto conto dell'utilità processuale sottesa alla disciplina di cui all'art. 116, comma 4 del codice del processo amministrativo (*“il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità”*).

Nei termini illustrati il ricorso va, pertanto, in parte accolto e in parte dichiarato improcedibile.

Ne deriva che i documenti dichiarati ostensibili, per le ragioni sopra illustrate, debbano essere resi disponibili – mediante estrazione di copia e/o trasmissione telematica – entro 15 giorni dalla pubblicazione (o, se anteriore, dalla notificazione) della presente sentenza.

Il parziale accoglimento del ricorso e la pendenza di un contenzioso tra le parti giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo accoglie e in parte lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirée Zonno, Consigliere

Angelo Fanizza, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO