

DETERMINAZIONE del DIRETTORE

N.106 del 14 Dicembre 2023

OGGETTO: PROCEDURA APERTA TELEMATICA PER L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIO ASSISTENZIALI, GENERALI E DI RISTORAZIONE A FAVORE DI PERSONE ANZIANE PER TRE ANNI, CON OPZIONE DI PROSECUZIONE TRIENNALE (CIG 98669733B4). ISTANZA DI ACCESSO AGLI ATTI. ACCOGLIMENTO

IL DIRETTORE

Vista l’aggiudicazione della gara in oggetto disposta con determinazione n. 104 del 01.12.2023 nei confronti dell’RTI costituendo CO&SO e KCS;

Viste le seguenti istanze di accesso agli atti presentate:

- in data 22 novembre 2023 da IN MENSA S.R.L.;
- in data 7 dicembre 2023 da Medihospes.

Vista l’opposizione presentata da parte della KCS unitamente alla documentazione di gara, motivata dalla presenza all’interno del progetto tecnico di “*dati sensibili*” e di “*segreti tecnici o commerciali*”;

Considerato che la disciplina del diritto di accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica si ricava dal combinato disposto dell’art. 53 del D.lgs 50 del 2016 e degli artt. 24 e ss. della l. 241 del 1990, la quale in parte deroga rispetto alle regole ordinarie;

Visto in particolare l’art. 53, commi 5 e 6, del D.lgs 50 del 2016, secondo cui “5. *Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, 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;

b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all’applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto”;

Tenuto conto che, secondo la giurisprudenza, la presenza di “segreti tecnici e commerciali” che soli precludono l'esercizio del diritto di accesso: “segreti” che, come bene evidenziato dal primo giudice, sono cosa diversa dalle più generiche cognizioni e/o competenze (cd. “abilità lavorative”)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 novembre 2022 n. 10498);

Vista la giurisprudenza secondo la quale “[...] i casi di esclusione “relativa” sono contemplati dalla lett. a) del citato **quinto comma dell'art. 53**, a norma della quale sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione **in relazione 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.**

In tali ipotesi, il divieto di accesso investe determinate informazioni contenute nell'offerta presentata nonché eventuali profili riservati della stessa.

È facile desumere, dunque, che **oggetto di tali previsioni non è l'offerta nel suo complesso, che in linea di principio è accessibile, ma soltanto la parte di essa che contiene informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali.** È altresì necessario che le parti dell'offerta che contengano detti segreti siano indicate, motivate e comprovate da una espressa dichiarazione dell'offerente, contenuta nell'offerta stessa. Tale dichiarazione costituisce un onere per l'offerente che voglia mantenere riservate e sottratte all'accesso tali parti dell'offerta. **In tali caso, tuttavia, il divieto di accesso non è assoluto.** È infatti 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 della quale viene formulata la richiesta di accesso (art. 53, comma 6).

La sottrazione all'accesso delle parti dell'offerta contenenti segreti tecnici e commerciali, ove puntualmente motivati, si inserisce coerentemente nel rapporto di necessario bilanciamento tra diritto all'accesso (rectius, diritto di difesa) e tutela della riservatezza.

[...]In altri termini, se l'accesso è diritto dell'interessato ammesso in via generale dalla norma della l. n. 241/1990, le compressioni di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 53 del Codice rappresentano norme speciali e, comunque, eccezionali, da interpretarsi in modo restrittivo (attenendosi a quanto tassativamente ed espressamente contenuto in esse); mentre le deroghe a tali eccezioni, contenute nel comma 6 di tale ultima disposizione, consentendo una riesplorazione e riaffermazione del diritto generalmente riconosciuto nel nostro ordinamento di accedere agli atti, possono ben essere considerate "eccezioni all'eccezione" e, dunque, nuovamente regola" (T.A.R. Valle d'Aosta, Aosta, Sez. Unica, 5 giugno 2017, n. 34);

Vista la giurisprudenza secondo la quale "*[...] Nei casi in cui l'istanza di accesso riguardi anche "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 prevalenza del diritto a conoscere tali atti ed informazioni emerge limitatamente ai casi in cui l'istante ricorra avverso gli atti della procedura di gara o per conseguire il risarcimento dei danni, anche in via autonoma" (Consiglio di Stato, sentenza n. 3431/2016).*

In sostanza, in ragione di un contrapposto diritto alla riservatezza avente ad oggetto segreti tecnici o commerciali, il diritto di accesso ottiene riconoscimento limitatamente a quegli atti o documenti di gara la cui ostensione risulti necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici dell'istante [...] decisivo rilievo assume, [...], a fronte di [...] motivazioni ostative all'esercizio del diritto di accesso, la previsione di cui all'art. 53, comma 5 che consente l'accesso, finanche ove involga atti di gara contenenti segreti tecnici o commerciali, nei soli casi in cui ciò risulti strumentale alla difesa in giudizio degli interessi dell'istante in relazione alla procedura di affidamento del contratto" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 giugno 2018, n. 6614);

Considerato, tuttavia, che "*subordinare l'accesso alle offerte tecniche alla dimostrazione della stretta indispensabilità del documento alla deduzione e alla prova di specifici motivi di impugnazione realizza una inversione logica non potendosi, in assenza della conoscenza della offerta tecnica dedursi motivi di ricorso se non nella forma generica e inammissibile del cd "ricorso al buio", con inaccettabile compressione del diritto di difesa" (TAR Liguria, Genova, Sez. I, 18 giugno 2021, n. 557);*

Considerato che Medihospes ha manifestato l'intenzione di tutelare i propri interessi in sede giudiziale e che la conoscenza di parte della documentazione richiesta è a tal scopo certamente utile;

Considerato, quanto all'istanza della IN MENSA S.R.L., che la giurisprudenza ha affermato che *“Ne consegue l'infondatezza delle censure sollevate dall'appellante, dovendosi ritenere che **L'impresa esclusa da una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto pubblico ben possa accedere nella forma più ampia agli atti del procedimento di gara**, perché una volta conclusasi la procedura concorsuale i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla pubblica amministrazione esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza. (Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418) È vero che solo l'art. 13 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, espressamente prevedeva la legittimazione del concorrente escluso ad accedere agli atti di gara, mentre analoga previsione non è stata poi riprodotta nel d.lgs. n. 50 del 2016, ma **appare ragionevole non escludere la legittimazione del concorrente escluso oltre che per le ragioni sopra esposte circa la possibilità di esaminare l'istanza anche in chiave di accesso ex d.lgs. n. 33/2016 e ss.mm. ii., anche sotto il profilo diacronico.** Sotto quest'ultimo aspetto va rilevato che, come autorevolmente è stato sostenuto, il principio di trasparenza nella sua accezione più piena comporta che, «dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro” (Consiglio di Stato, Sez. III, 07 dicembre 2022 n. 10761);*

Ritenuto, bilanciati i contrapposti interessi rappresentati dalle parti, di consentire l'accesso agli atti richiesti, al fine di non pregiudicare in senso assoluto il diritto delle istanti di tutelare i propri diritti ed interessi;

Tutto quanto sopra premesso e considerato

DETERMINA

di accogliere le istanze di accesso presentate e, conseguentemente, di trasmettere tramite posta elettronica certificata la seguente documentazione:

- a) la documentazione amministrativa dell'impresa aggiudicataria;
- b) il progetto tecnico dell'impresa aggiudicataria;
- c) l'offerta economica dell'impresa aggiudicataria;
- d) la richiesta di verifica di anomalia e le giustificazioni presentate.

IL DIRETTORE
Dott.ssa Eugenia Stefanini