



**AZIENDA PUBBLICA DI SERVIZI ALLA PERSONA
"GIUSEPPE VEGNI"
CASTEL DEL PIANO**

**DETERMINA DEL COORDINATORE AMMINISTRATIVO
N. 42 del 07.06.2022**

OGGETTO: PROCEDURA APERTA TELEMATICA PER L’AFFIDAMENTO DEI SERVIZI SOCIO ASSISTENZIALI, GENERALI E DI RISTORAZIONE A FAVORE DI PERSONE ANZIANE PER CINQUE ANNI, CON OPZIONE DI PROSECUZIONE BIENNALE (CIG: 9044904AE). ACCOGLIMENTO

Il Coordinatore Amministrativo,

Vista l’aggiudicazione della gara disposta con determinazione n. 35 del 20 maggio 2022, nei confronti dell’RTI costituendo composto da KCS CAREGIVER COOP. SOC. (mandataria) e PROGETTO PERSONA COOP. SOC. ARL ONLUS (mandante);

Vista l’istanza di accesso agli atti presentata dall’RTI costituendo Kursana – Dussmann Service S.r.l., in data 26 maggio 2022, la quale ha richiesto “*istanza di accesso alla documentazione di gara presentata da tutti gli operatori economici classificatisi in posizione superiore in graduatoria rispetto alla scrivente (RTI KCS – Progetto persona e RTI Medihospes – Cir Food s.c., NdR) (documenti amministrativi, progetto tecnico, offerta economica, giustifiche dell’anomalia dell’offerta), nonché verbali di gara redatti dalla commissione compresi quello di verifica dell’anomalia dell’offerta e relative giustificazioni, eventuali richieste di chiarimento e relative risposte, provvedimento di aggiudicazione provvisoria e provvedimento di aggiudicazione definitiva, con richiesta di poter estrarre copia semplice della suddetta documentazione a propria cura e spese*”.

Dato atto che l’Azienda ha inviato tramite PEC, in data 27 maggio 2022, nei confronti delle imprese sopra indicate, in qualità di controinteressate, la comunicazione di cui all’art. 5, comma 5 del D.lgs 33 del 2013;

Dato atto che le suddette Impresa hanno riscontrato la comunicazione loro trasmessa opponendo il diniego all’accoglimento dell’istanza di accesso, con contestuale presentazione dell’offerta tecnica oscurata dalle parti coperte dal segreto tecnico e commerciale, fatta eccezione per il RTI Kursana – Dussman che ha si è limitato ad opporre il solo diniego;

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”;

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 ostantive 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);

Dato atto che la posizione dell’impresa, in quanto terza classificata, non possa di per sé giustificare l’integrale accoglimento dell’istanza tenuto conto di quanto affermato dalla giurisprudenza, secondo la quale “la mera intenzione di verificare e sondare l’eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia” (Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463); **né è possibile sostenere che l’interesse all’ostensione sia sempre e comunque sussistente in re ipsa in capo alla seconda classificata** e che tale interesse sia sempre prevalente, considerato inoltre che, nel presente caso, l’aggiudicazione in favore della ditta -Omissis- è dipesa dal maggior punteggio ottenuto da quest’ultima in relazione alla sola offerta economica.” (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 aprile 2021 n. 3418);

Dato atto che “al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali dell’offerta tecnica del concorrente ad una gara pubblica, **è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità** (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) **di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio**, ovvero la sussistenza del concreto nesso di strumentalità tra la documentazione oggetto dell’istanza di accesso e la tutela difesa in giudizio degli interessi della stessa impresa ricorrente, quale partecipante alla procedura di gara pubblica il cui esito è controverso (Cons. Stato, sez. III, n. 6083/2018; id., sez. V, n. 6463/2020 e 1451/2020)” (Consiglio di Stato, Sez. III, 31 maggio 2021 n. 4158);

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, inoltre, che “la situazione legittimante l’accesso documentale ex art. 53 comma 1 e 22 l. 241/90 è ravvisabile nella circostanza che l’istante ha richiesto l’accesso agli atti di gara inerenti la procedura ad evidenza pubblica cui ha preso parte e la cui legittimità intende scrutinare, anche valutando la corretta valutazione delle ammissioni degli altri concorrenti – da intendersi riferita a quelli che lo precedono in graduatoria – e la corretta valutazione delle loro offerte, per cui sussiste senza dubbio un interesse attuale e concreto alla conoscenza degli atti di gara; a tali fini non è rilevante la circostanza che lo stesso si sia collocato all’ottavo posto in graduatoria, in quanto questa circostanza non potrebbe rilevare neppure ove venga in rilievo l’accesso a documenti riservati ex art. 24 comma 7 l. 241/90, atteso che, – fermo restando il più grave onere di allegazione gravante sull’istante e che comunque deve intendersi soddisfatto, nell’ipotesi di specie, con il richiamo alla necessità di deliberare la corretta ammissione e la corretta valutazione delle offerte degli altri concorrenti (da intendersi quelli che precedono l’istante in graduatoria), non potendo esigersi una specificazione più puntuale in assenza del rifiuto dell’ostensione degli atti della procedura di gara – come precisato nella citata decisione dell’Adunanza Plenaria n. 4 del 2021” (Consiglio di Stato, Sezione V, 29 aprile 2022 n. 3392);

Considerato che l’istanza è stata presentata con la generica intenzione dell’Impresa, in qualità di terza classificata, di tutelare i propri interessi e diritti in sede giudiziale;

Considerato che, seppur generica, l’impresa istante 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;

Ritenuto, bilanciati i contrapposti interessi rappresentati dalle parti, di consentire parzialmente l’accesso agli atti richiesti, al fine di non pregiudicare in senso assoluto il diritto dell’istante di tutelare i propri diritti ed interessi in sede giudiziale;

Ritenuto, seppur all’interno dei progetti non vi siano segreti tecnici e commerciali, di inviare le offerte tecniche oscurate, laddove trasmesse;

Tutto quanto sopra premesso e considerato

DETERMINA

di accogliere parzialmente l’istanza di accesso presentata dall’**RTI costituendo Kursana – Dussmann Service S.r.l.** e, conseguentemente, di trasmettere tramite posta elettronica certificata la documentazione dell’RTI KCS – Progetto persona e dell’RTI Medihospes – Cir Food, di seguito elencata:

- a) documentazione amministrativa
- b) offerta tecnica oscurata;

- c) offerta economica
- d) giustificazioni circa l'anomalia dell'offerta.

Il Coordinatore Amm.vo
Dott.ssa Cristina Bruni

CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE

la sottoscritta Bruni Cristina, Coordinatore amm.vo, certifica che copia della presente determinazione è stata pubblicata integralmente sul sito istituzionale della Azienda www.aspvegni.it sezione "Albo on line" **il 07.06.2022** e che vi rimarrà per 30 gg. consecutivi.

Il Coordinatore Amm.vo
Dott.ssa Cristina Bruni