

DETERMINAZIONE N. 53 del 3 Maggio 2021

OGGETTO: PROCEDURA APERTA TELEMATICA PER L’AFFIDAMENTO TRIENNALE CON OPZIONE DI PROSECUZIONE BIENNALE DEL SERVIZIO DI RISTORAZIONE A PERSONE ANZIANE NELLA ASP REMAGGI (CIG 8497480653). ISTANZA DI ACCESSO AGLI ATTI. ACCOGLIMENTO

IL DIRETTORE

Vista l’aggiudicazione della gara disposta con determinazione n. 39 dell’8 aprile 2021 in favore della CIRFOOD S.C.;

Vista l’istanza di accesso agli atti presentata da FABBRO FOOD S.p.A. in data 14 aprile 2021 tramite PEC, con la quale ha richiesto di estrarre copia della documentazione tecnica e di quella economica della Società prima classificata;

Dato atto che l’Azienda ha inviato tramite PEC, in data 15 aprile 2021, comunicazione al controinteressato CIRFOOD S.C., ai sensi dell’art. 22, comma 1 lett. c), nonché dell’art. 5, comma 5 del D.lgs 33 del 2013;

Vista l’istanza di accesso agli atti della Toscana Full Service Srl in data 23 aprile 2021;

Dato atto che la CIRFOOD S.C. si è opposta, con comunicazione inviata tramite PEC in data 19 aprile 2021, alla richiesta di accesso agli atti presentata da FABBRI FOOD S.p.A.;

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 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);

Vista la prevalenza del diritto di difesa sulla tutela della riservatezza affermata da ultimo dalla giurisprudenza, secondo la quale “*contrariamente a quanto affermato da talune pronunce secondo cui, per consentire l'accesso, è necessario che l'operatore richiedente abbia manifestato alla stazione appaltante l'intenzione di impugnare gli atti di gara e che tale impugnazione avvenga, comunque, in tempo utile (T.A.R. Lazio, Sez. I, 19/05/2018, n. 5583), il Collegio reputa, conformemente a quanto recentemente statuito dal Giudice d'appello, che l'avvenuto decorso del termine per impugnare gli atti della procedura non incide sull'attualità dell'interesse ad accedere agli atti del procedimento di gara, non spettando all'amministrazione che detiene il documento valutare le modalità di tutela dell'interesse del richiedente e negare l'accesso per il caso in cui ritenga talune di esse non più praticabili, giacché solo al privato richiedente, una volta ottenuto il documento, è rimessa la decisione sui rimedi giurisdizionali da attivare ove ritenga lesa la sua situazione giuridica soggettiva e se per taluni di essi (o per quelli unicamente esperibili) siano già spirati i termini di decadenza (Cons. Stato Sez. V, 27/06/2018, n. 3953; nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 18/10/2017, n.4813)” (T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 26 marzo 2019 n. 441);*

Considerato quanto recentemente ribadito dalla giurisprudenza, secondo la quale “*ai sensi del comma 6 dell'art. 53 del D.Lgs 50/2016 l'accesso 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 può avvenire solo a favore delle imprese concorrenti che abbiano partecipato alla gara ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto. [...] Ciò preclude allo stato l'accoglimento della istanza alla luce dell'orientamento giurisprudenziale, condiviso dal Collegio, alla stregua del quale la difesa in giudizio degli interessi del richiedente in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito del quale viene formulata l'istanza di accesso presuppone un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta (T.A.R. Ancona, sez. I, 06/02/2015, n. 116)” (T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 16 gennaio 2020 n. 42);*

Considerato che le istanze sono state presentate con l'intenzione di tutelare in giudizio i propri interessi e diritti, in relazione alla procedura di affidamento del contratto;

Considerata evidente l'utilità della documentazione richiesta dalle Imprese per la tutela dei propri interessi;

Dato atto che nelle istanze le imprese richiedono di accedere a tutti gli atti di gara, ivi inclusa l'offerta tecnica;

Dato atto che comunque anche secondo un autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il profilo della validità e pertinenza delle ragioni che potrebbero essere prospettate a sostegno dell'opposto diniego, il contenuto delle offerte presentate dai concorrenti in sede di gara non presentano segreti tecnico o commerciali meritevoli di particolare tutela, cosicché risulta prevalente il diritto all'accesso difensivo da parte della istante;

Dato atto che la CIRFOOD S.C. ha presentato in sede di gara, come allegato alla propria offerta tecnica, una dichiarazione nella quale individuava le parti dell'offerta da sottrarre al diritto di accesso;

Ritenuto, tuttavia, che ove l'accesso all'offerta tecnica venisse accolto soltanto rispetto ad una parte di essa, le ragioni dell'istanza di accesso verrebbero certamente frustrate;

Tutto quanto sopra premesso e considerato

DETERMINA

di accogliere le istanze di accesso indicate in oggetto e di trasmettere la documentazione richiesta dalla stessa mediante accesso difensivo tramite posta elettronica certificata ed in particolare:

- tutti i verbali di gara;
- la documentazione amministrativa presentata dalla CIRFOOD S.c.;
- l'offerta tecnica presentata dalla CIR FOOD S.c.;
- l'offerta economica presentata dalla CIR FOOD. S.c.

di trasmettere la presente determina assieme alla documentazione menzionata alle imprese che hanno formulato istanza di accesso, tramite PEC.

di trasmettere la presente al registro delle Determine anno 2021 e successivamente trascritta per gli adempimenti di legge nell'Albo Pretorio per un termine di 15gg.

San Lorenzo alle Corti, 3 maggio 2021

Il Direttore
Dott. Elisabetta Epifora



Pubblicata all'albo dell'Azienda per quindici giorni (15) consecutivi dal 03/05/2021
al _____