

Delibera n. 608 del 27 giugno 2018

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Araform S.r.l. – Procedura negoziata telematica per l'affidamento del servizio di realizzazione dei corsi di formazione in materia di primo soccorso emergenza e rischio elettrico per il personale di Abbanoa S.p.a. - Importo a base d'asta: euro 128.800,00 – S.A.: Abbanoa Spa

PREC 113/18/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola prot. n. 83692 del 21 giugno 2017 presentata dalla società Araform S.r.l., nella quale l'istante evidenzia di essersi classificata al secondo posto della graduatoria della procedura in oggetto e di aver chiesto, in quanto titolare di un interesse diretto ed immediato, l'accesso agli atti di gara, ivi incluse le offerte tecniche ed economiche dei partecipanti. La stazione appaltante non avrebbe dato seguito alla richiesta, senza fornire adeguata motivazione, in palese violazione delle norme sul diritto di accesso ai documenti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici;

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 3 maggio 2018;

VISTA la documentazione in atti e in particolare la memoria dell'8 maggio 2018 presentata dalla stazione appaltante, nella quale si precisa che la società risultata aggiudicataria della gara ha opposto il diniego all'accesso integrale ai "documenti progettuali inerenti l'offerta tecnica e la documentazione contenente dati sensibili riconducibili all'attività del nostro Ente", motivando con ragioni di "tutela di elaborati di natura intellettuale patrimonio esclusivo e strategico della società". A fronte di ciò, l'amministrazione ha effettuato un'attenta verifica di entrambe le posizioni - quella della società istante e quella della controinteressata - comunicando finalmente al richiedente che l'accesso sarebbe stato consentito per tutta la restante documentazione, con esclusione dei documenti per i quali era stata presentata opposizione;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

CONSIDERATO che l'art. 53 del d. lgs. 50/2016 – dopo aver previsto che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte,

è disciplinato dagli articoli 22 e segg. della legge 241/1990 – sancisce che “il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione sono esclusi 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”. Tuttavia, anche in relazione a tale ipotesi, la norma consente l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto;

CONSIDERATO che la giurisprudenza formatasi sul previgente art. 13 del d. lgs. 163/2006 (le cui acquisizioni sono utilizzabili anche nell’attuale quadro normativo) ha ritenuto che la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, per la prima volta, evidenziata in sede di opposizione all’istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta e che compete all’amministrazione aggiudicataria, in sede di valutazione dell’istanza di accesso pervenuta, valutare, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dall’offerente, se l’inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale si fonda su una “motivata e comprovata dichiarazione” (TAR Bari Sez. III, 26 giugno 2017, n. 741). In altri termini, l’impresa partecipante all’appalto, al fine di escludere l’esercizio del diritto di accesso anche “difensivo”, ha il preciso onere di esplicitare, in concreto e non mediante il ricorso a clausole di mero stile o a formulazioni generiche, le ragioni per le quali l’eventuale conoscenza delle informazioni tecniche contenute nei documenti richiesti possa arrecare nocumento alla stessa;

CONSIDERATO che, sotto altro profilo, l’Autorità ha reputato legittimo il diniego alla richiesta di ostensione della documentazione tecnica nel caso in cui l’operatore economico aggiudicatario ha ritualmente negato l’accesso agli atti e l’istante non dimostri l’effettiva utilità di tale documentazione rispetto all’indizione di uno specifico giudizio (delibera n. 395 del 12 aprile 2017). Peraltro, quando il soggetto richiedente è collocato al secondo posto in graduatoria, per giurisprudenza consolidata egli riveste una posizione particolarmente qualificata nell’ambito della procedura di gara, nel senso che il diritto di accesso dal medesimo esercitato si configura come strumentale ad un’eventuale azione giudiziaria, così da dover essere in ogni caso assentito (TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 15 gennaio 2013, n. 116). L’interesse al ricorso deve ritenersi infatti in ogni caso sussistente: a) perché il concorrente è leso in via diretta ed attuale dall’aggiudicazione in favore dell’altro concorrente; b) perché un interesse, anche solo potenziale, sicuramente sussiste, sia quale interesse “finale” al conseguimento dell’appalto, sia - in via alternativa (e normalmente subordinata) - quale interesse “strumentale” alla caducazione dell’intera gara e alla sua riedizione (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2018, n. 293);

RITENUTO che, nel caso in esame, sebbene l’istante non abbia esplicitamente dichiarato la volontà di agire in giudizio a tutela dei propri interessi, non si possa prescindere dalla considerazione della sua posizione qualificata di secondo graduato, a fronte della quale il diniego

dell'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicatario non appare giustificato, data anche la natura e l'oggetto del contratto, posto che l'opposizione manifestata dal concorrente controinteressato non ha fatto riferimento né tanto meno ha dimostrato la sussistenza di alcun segreto tecnico e/o commerciale, limitandosi a richiamare non meglio specificati "dati sensibili" riferiti a elaborati di natura intellettuale;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

l'operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2018

Il Segretario Maria Esposito