



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 644

DEL 4 luglio 2018

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d. lgs. 50/2016 presentata da Società Unimatica S.p.a.- Procedura aperta per la fornitura di servizi relativi a pagamenti online compliant con il nodo spc - Importo a base di gara: euro 290.000,00 - S.A.: INSIEL Informatica per il Sistema degli Enti locali S.p.a.

PREC 284/17/S

Il Consiglio

VISTA l'istanza singola prot. n. 44387 del 23 marzo 2017 presentata dalla società Unimatica S.p.a., nella quali l'istante, classificatosi al secondo posto nella graduatoria della procedura in oggetto, lamenta di aver subito una limitazione all'esercizio del proprio diritto alla difesa in giudizio, a causa del rifiuto opposto dalla stazione appaltante all'istanza di accesso integrale all'offerta tecnica della società aggiudicataria, motivato sulla base del diniego formulato dal controinteressato, che ha chiesto l'oscuramento delle parti costituenti "segreto industriale o vantaggio competitivo rispetto alle società concorrenti nel mercato di riferimento" e delle descrizioni di "dettagli di architetture e metodologie di approccio al progetto che sono patrimonio personale dell'Azienda";

VISTO l'avvio dell'istruttoria effettuato in data 11 settembre 2017;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti, dalle quali emerge che, a seguito della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ai partecipanti, effettuata dalla stazione appaltante in data 27 febbraio, l'istante ha inviato una prima richiesta di accesso agli atti in data 3 febbraio, evidenziando il fine di "verificare la tutelabilità delle proprie posizioni giuridiche soggettive anche in sede giurisdizionale". A seguito del parziale accoglimento dell'istanza comunicato dall'amministrazione in data 27 febbraio e dell'acquisizione dell'offerta tecnica oscurata nelle parti indicate dal controinteressato, Unimatica Spa ha formulato una nuova istanza di accesso integrale il successivo 13 marzo, riscontrata dall'amministrazione con la mera conferma del diniego all'ostensione;

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;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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 seguenti della legge 241/1990 – sancisce che il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione sono esclusi 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. 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. 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 possano 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 lesa 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);



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che, in riferimento al caso di specie, il documento costituente l'offerta tecnica, così come esibito - schermato per la quasi totalità del suo contenuto, in particolare nelle parti che il controinteressato stesso ha riconosciuto essere oggetto di valutazione da parte dei commissari di gara - non consentiva di ricostruire l'iter motivazionale seguito dalla commissione giudicatrice nell'attribuzione dei punteggi, al fine di verificarne coerenza, ragionevolezza e logicità e - per contro - le ragioni del diniego all'accesso (formulate dall'impresa e pedissequamente ripetute dalla stazione appaltante) appaiono limitarsi ad asserzioni non provate circa l'esigenza di proteggere segreti tecnici o commerciali, esigenza sulla quale la stazione appaltante non sembra aver condotto alcuna valutazione;

RILEVATO che nel caso di specie sussistevano tutti gli elementi richiesti dall'art. 53, comma 6 del d.lgs. 50/2016 e che pertanto, nella ponderazione degli opposti interessi, si sarebbe dovuta riconoscere comunque la prevalenza del diritto di accesso difensivo, anche nei confronti degli elementi asseritamente costituenti segreto tecnico o commerciale, attesa l'esplicita formulazione dalla norma in questione (Tar Bari, sez. III, 26 giugno 2017, n. 679);

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 20 luglio 2018

Il Segretario Maria Esposito