



CITTÀ METROPOLITANA DI PALERMO

IP/ANNO 6263/2024

Tit./Fasc./Anno 5.12.1.0.0.0/2/2023

DIREZIONE GARE E CONTRATTI - INNOVAZIONE TECNOLOGICA

DETERMINAZIONE

Oggetto: Procedura aperta telematica ai sensi del DL 77/2021, così come disposto ai sensi dell'art. 225 vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art.95 del D.Lgs. n.50/2016 e ss.mm.ii. per la procedura dell'appalto del servizio di Mobility as a Service per i Comuni dell'Area metropolitana escluso Palermo, di cui al Piano Integrato Urbano per l'affidamento dei Lotti 2 e 3 - Istanza di accesso agli atti

IL DIRIGENTE

Vista la proposta di determinazione dirigenziale redatta dal Responsabile del Procedimento Dott. Antonio Chiummo.

Valutati i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche a fondamento dell'adozione del presente atto in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Vista la legge n. 142/90 così come recepita dalla Legge Regionale n. 48/91 e successive modifiche ed integrazioni.

Visto il T.U.E.L., approvato con D. Lgs. n. 267 del 18/08/2000 e ss.mm.ii.

Vista la L.R. n. 15 del 04/08/2015 e successive modifiche ed integrazioni.

Vista la L.R. n. 7/2019.

Ritenuto che la proposta sia meritevole di accoglimento.

Attesa la propria competenza ad adottare il presente atto.

Dato atto, ai sensi dell'art.6 bis della L. n. 241 del 07/08/1990, che per il presente provvedimento non sussistono conflitti di interesse, neppure potenziale, per chi lo adotta.

Dato atto che nella procedura in oggetto sino ad oggi sono stati rispettati i tempi e gli standard procedurali previsti e non sono state riscontrate anomalie.

Accertata, ai fini del controllo preventivo di regolarità amministrativa-contabile di cui all'articolo 147-bis, comma 1, del D.Lgs. n. 267/2000, la regolarità tecnica del presente provvedimento in ordine alla regolarità, legittimità e correttezza dell'azione amministrativa, il cui parere favorevole è reso unitamente alla sottoscrizione del presente provvedimento.

DETERMINA

Approvare la proposta redatta dal Responsabile del procedimento Dott. Antonio Chiummo con la narrativa, motivazione e dispositivo di cui alla stessa.

Palermo, 07/11/2024

Il Dirigente

Ing. Filippo Cangialosi

PROPOSTA DI DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE

Il sottoscritto Responsabile del procedimento, nominato con determinazione dirigenziale n. 6107 del 28/12/2023, sottopone all'esame del Dirigente la seguente proposta di Determinazione Dirigenziale.

A tal fine, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 6 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, dichiara che nella istruttoria e predisposizione della presente proposta di deliberazione non si trova in conflitto di interessi, anche potenziale”.

Premesso che:

-con riferimento alla gara in oggetto la lettera di invito/disciplinare di gara prevedeva al paragrafo n° 14.2 lettera E):

“E) autorizzare qualora un partecipante alla gara eserciti la facoltà di “accesso agli atti”, la stazione appaltante a rilasciare copia di tutta la documentazione presentata per la partecipazione alla gara oppure non autorizza, qualora un partecipante alla gara eserciti la facoltà di “accesso agli atti”, la stazione appaltante a rilasciare copia dell’offerta tecnica e delle spiegazioni che saranno eventualmente richieste in sede di verifica delle offerte anomale, in quanto coperte da segreto tecnico/commerciale. Tale dichiarazione dovrà essere adeguatamente motivata e comprovata ai sensi dell’art. 53, comma 5, lett. a), del Codice. Si segnala che nell’ipotesi di omessa compilazione del presente punto la Stazione Appaltante darà corso all’eventuale richiesta di accesso rilasciando copia di tutta la documentazione presentata in fase di gara.”

ed al paragrafo 15 “Offerta tecnica”:

Nell’ipotesi di segreti tecnici o commerciali, gli operatori concorrenti devono allegare apposita dichiarazione, debitamente motivata e comprovata, relativa alle parti dell’offerta che si ritiene debbano essere sottratte all’accesso, fatto salvo quanto previsto all’art. 53 co. 6 del d.lgs. 50/2016; In mancanza l’intera offerta sarà considerata integralmente accessibile.

- entrambe le due società concorrenti, Almaviva S.p.A. e MyCicero s.r.l. avevano dichiarato nel documento denominato “DGUE integrativo” l’esistenza di segreti tecnici/commerciali per i quali dichiaravano il diniego di accesso agli atti da parte di eventuali concorrenti;

- nello stesso disciplinare veniva chiarito agli O.E. concorrenti che in caso di mancata motivazione e comprova della sussistenza di segreti da tutelare la Stazione Appaltante avrebbe proceduto a dare il consenso ad un eventuale accesso agli atti da parte di un concorrente avente un diritto all’accesso;

- con nota del 08/08/2024 acquisita al protocollo dell’Ente al numero 63450 del 08/08/2024 la società Almaviva S.p.A. classificatasi seconda in graduatoria

nella gara in oggetto, ha formulato una richiesta di accesso documentale finalizzata ad ottenere copia integrale e senza omissioni del documento di offerta tecnica presentato in sede di gara dal concorrente MyCicero s.r.l. risultato primo in graduatoria nonché copia dei verbali della Commissione giudicatrice;

- a seguito di tale richiesta, questa stazione appaltante, con nota prot. n° 69475 del 06/09/2024 comunicava alla società Almaviva:

a) il consenso all'accesso ai verbali della commissione giudicatrice relativi al documento di offerta tecnica del concorrente MyCicero rendendo disponibili:

- i n. 3 verbali relativi alla valutazione delle offerte tecniche a cura della commissione giudicatrice;
- la griglia di valutazione delle offerte tecniche indicante il punteggio attribuito per ogni criterio e sottocriterio di valutazione;

b) di negare l'accesso all'offerta tecnica con la seguente motivazione:

- *“Le offerte tecniche presentate da MyCicero e da codesto operatore economico non sono rese disponibili reciprocamente, ai sensi dell’art. 35, c. 4, lett a) e 36, co. 2 del D. Lgs n. 36/2023, in quanto entrambi gli operatori economici concorrenti, nel “DGUE-dichiarazioni integrative”, hanno dichiarato di non autorizzare, qualora un partecipante alla gara eserciti la facoltà di “accesso agli atti”, la stazione appaltante a rilasciare copia dell’offerta tecnica e delle spiegazioni che saranno eventualmente richieste in sede di verifica delle offerte anomale, in quanto coperte da segreto tecnico/commerciale.”*

- a seguito del descritto diniego la società Almaviva presentava una nota di richiesta acquisita al protocollo n° 80619 del 09/10/2024 di questa stazione appaltante, reiterando la richiesta di avere copia della offerta tecnica presentata dalla ditta MYCicero in sede di gara, motivando tale richiesta per fini difensivi per l'eventuale tutela amministrativa e giudiziale nelle opportune sedi dei diritti e degli interessi legittimi della Società;

- questa Stazione Appaltante con nota prot. n° 84088 del 21/10/2024 ha informato la società interessata My Cicero s.r.l. della richiesta di accesso agli atti presentata dalla società Almaviva s.r.l. dando alla stessa 10 giorni di tempo per confermare e ulteriormente motivare e comprovare l'esistenza di segreti da tutelare o consentire l'accesso all'offerta tecnica integrale e senza omissioni presentata in sede di gara.

- la società My Cicero s.r.l. in data 24/10/2024 con nota acquisita in pari data al protocollo n° 85333 di questa Stazione Appaltante ha ulteriormente esplicitato le motivazioni per il mantenimento del diniego in particolare relativamente al paragrafo 1.1, capitolo 2 e capitolo 4 dichiarando:

Ai sensi dell'art. 53, comma 5, lett. a) del Codice, dichiara che i documenti suindicati riportano e riproducono informazioni di natura riservata, dato che esplicitano soluzioni tecniche (riportate anche nei capitoli oscurati dell'Offerta Tecnica) e commerciali (presenti nei giustificativi, in termini di costi di acquisto di beni e servizi, frutto di pluriennali rapporti con i fornitori) e riguardano le specifiche e le capacità tecnico-industriali proprie della

scrivente società. Si tratta quindi di dati tecnici e commerciali che attengono al “know how”, vale a dire alle competenze ed esperienze, originali e riservate dell’impresa, maturate ed acquisite nell’esercizio professionale dell’attività industriale e commerciale e che concorrono a definire e qualificare la competitività nel mercato aperto alla concorrenza.

Considerato che:

- questa Stazione Appaltante è chiamata a compiere tre valutazioni che devono rimanere distinte nell’ambito del procedimento (Consiglio di Stato, sez. V, Ordinanza 29 gennaio 2024):

a) la valutazione sull’istanza di accesso e sulla sussistenza dei presupposti per il suo accoglimento ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241/1990;

b) la valutazione sulla sussistenza dei segreti tecnici o commerciali;

c) la valutazione della sussistenza delle esigenze della difesa in giudizio in capo a chi ha formulato la richiesta di accedere a documenti contenenti le informazioni predette.

- Ciascuno dei momenti enucleati in base alla normativa di riferimento deve essere positivamente valutato prima di procedere al passaggio logico successivo.

- con riferimento alla citata lettera a) L’amministrazione ha valutato positivamente l’istanza di accesso agli atti e la sussistenza dei presupposti per il suo parziale accoglimento in quanto la posizione del richiedente collocato al secondo posto in graduatoria gli attribuisce una posizione particolarmente qualificata nell’ambito della procedura di gara” (arg. ex T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2017, n. 679) (TAR Venezia, 04.07.2019 n. 803).

- per stessa ammissione del richiedente l’accesso agli atti è determinato dalla necessità di verificare la regolarità degli atti del procedimento, in quanto dal verbale relativo alla seduta pubblica n. 3 del 31 maggio 2024, relativo alla chiusura delle buste tecniche da parte della commissione giudicatrice e dalla griglia di valutazione delle offerte tecniche indicante il punteggio attribuito per ogni criterio e sotto criterio di valutazione, risulta una macroscopica differenza di attribuzione di punteggio tra l’offerta tecnica della scrivente Società e l’offerta tecnica di MyCicero S.r.l., a fronte di un capitolato che prevede la manutenzione e l’evoluzione di una soluzione realizzata e mantenuta fino ad ora dalla stessa Società scrivente.

- L’amministrazione rileva quindi che il richiedente ha già piena conoscenza del punteggio che è stato attribuito alla sua offerta articolato in criteri e sottocriteri. La valutazione della Commissione deve essere letta come apprezzamento in senso assoluto dell’offerta in base ai criteri che l’amministrazione si è data e non come una valutazione comparativa finalizzata a fare emergere differenze relative tra due offerte.

- per stessa ammissione dell'operatore richiedente l'accesso è finalizzato al momento alla necessità di verificare la regolarità degli atti del procedimento, ai fini dell'eventuale tutela amministrativa e giudiziale.

-nello specifico campo dei giudizi attribuiti dalle commissioni di gara alle offerte tecniche costituisce ius receptum, nella giurisprudenza amministrativa, il principio per cui *“La valutazione delle offerte e, del pari, l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice è espressione dell'ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, così che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di legittimità, ad eccezione dell'ipotesi in cui si ravvisi manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti”* (Consiglio di Stato sez. V, 25/08/2023, n. 7942).

-L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con il pronunciamento n. 4 del 2021 ricorda che *“la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990”*.

-Secondo l'indirizzo giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria, non è lecito pretendere che un operatore economico, per essere legittimato all'accesso all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba proporre un cd. ricorso al buio (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2 luglio 2020).

-Viene altresì in rilievo la successiva decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 25 settembre 2020, secondo cui l'istituto dell'accesso documentale è *“costruito come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali, a prescindere dalla qualificazione della situazione finale in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo”*. In tale quadro, *“La necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica ‘finale’, nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite - in questo senso strumentale - per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica ‘finale’ controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa”*.

-se, però, è vero che sussiste nel caso di specie ex ante il nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e la tutela da azionare, allo stesso tempo, ex post, i documenti secretati potrebbero rilevarsi inutili a tal fine e l'accesso potrebbe essere concretamente azionato al solo fine di carpire i segreti tecnici e commerciali dell'aggiudicatario;

-sia il D.Lgs n°50/2016 e ss.mm.ii. sia il D.Lgs. n° 36/2023 prevedono il divieto di divulgare i segreti tecnici e commerciali contenuti nelle offerte dei concorrenti;

-alle motivazioni addotte sia in sede di gara all'interno della stessa offerta tecnica presentata sia dalle ulteriori motivazioni a comprova comunicate dall'operatore economico aggiudicatario questa Stazione Appaltante, al fine di valutare la sussistenza di segreti tecnici/commerciali ha richiesto alla Direzione Viabilità, con nota prot. 81539 del 10/10/2024 copia della offerta tecnica integrale senza omissioni della società MyCicero secretata dalla Commissione giudicatrice;

-in risposta alla citata nota la Direzione Viabilità a firma del RUP Dr.ssa Roberta Di Natale ha trasmesso con nota prot. 82865 del 16/10/2024 il link di condivisione della offerta tecnica non oscurata ricordando che l'operatore economico aggiudicatario in sede di gara nel DGUE integrativo aveva già espresso il motivato diniego;

-valutati favorevolmente l'istanza di accesso e la "motivata e comprovata dichiarazione" del controinteressato fondata sulla sussistenza di segreti tecnici o commerciali, l'amministrazione deve operare un bilanciamento fra le contrapposte esigenze, dovendo giudicare l'effettiva sussistenza del nesso di strumentalità (Cons. Stato, n. 369 del 2022) o del "collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese" (Cons. Stato, ord. n. 787 del 2023);

-Allo scopo di individuare la nozione di "segreto tecnico e commerciale" occorre tenere conto della puntuale ricostruzione compiuta dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. V, 18 maggio 2001, n. 25008 e Cass. pen., Sez. V, 4 giugno 2020, n. 16975), che lo ha definito come quel patrimonio cognitivo e organizzativo necessario per la costruzione, l'esercizio, la manutenzione di un apparato industriale, frutto di esperienze e ricerca accumulate negli anni, e capace di assicurare all'impresa un vantaggio competitivo, e quindi un'aspettativa di un maggiore profitto economico.

-Ai fini della disciplina dell'accesso, però, occorre tenere presente che non risulta riconducibile entro la categoria dei segreti tecnici o commerciali qualsiasi elemento di originalità del servizio offerto, perché se è inevitabile che ogni operatore possieda elementi che differenziano la propria organizzazione e la propria offerta in una procedura di tipo comparativo, tuttavia la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata ad elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovino applicazione in una serie indeterminata di appalti, e siano in grado di

differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano a conoscenza.

-Pertanto, con riferimento alle tre sezioni oscurate dall'O.E. aggiudicatario paragrafo 1.1 *“architettura proposta per la Città Metropolitana di Palermo”*, capitolo 2 *“tecnologie software adottate”* e capitolo 4 *“proposte migliorative”* questa stazione appaltante ritiene che le tre sezioni oscurate contengano segreti tecnici/commerciali meritevoli di tutela.

-Il tema in argomento è tuttora controverso tanto che di recente il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 8278/2024 ha chiesto alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla seguente questione pregiudiziale: “se l'art. 39, direttiva 2014/25/UE - da cui si desume, così come dall'art. 28 direttiva 2014/23/UE e dall'art. 21 direttiva 2014/24/UE, che il conflitto tra il diritto alla tutela giurisdizionale e il diritto alla tutela dei segreti commerciali è risolto mediante un bilanciamento che non attribuisce necessaria prevalenza al primo - osti alla disciplina nazionale contenuta nell'art. 53 comma 6, d.lgs. n. 50/2016, che dispone di esibire la documentazione contenente segreti tecnici o commerciali nel caso di accesso preordinato alla tutela giurisdizionale, senza prevedere modalità di bilanciamento che tengano conto delle esigenze di tutela dei segreti tecnici o commerciali”.

Tutto ciò premesso,

- Visto il D.Lgs. n° 50/2016 e ss. mm. ii.,
- Visto il T.U. EE. LL. approvato con D. L.gs. n° 267/2000 e ss.mm.ii.,
- Visto il vigente regolamento per la disciplina dei contratti;
- Visto il vigente regolamento per la disciplina della finanza e della contabilità;
- Vista la legge n°241/90

propone che il Dirigenti determini:

- 1) di ammettere parzialmente la richiesta di accesso agli atti della società ricorrente Al maviva S.p.A. dando alla stessa copia della offerta tecnica in chiaro ad eccezione delle tre parti paragrafo 1.1 *“architettura proposta per la Città Metropolitana di Palermo”*, capitolo 2 *“tecnologie software adottate”* e capitolo 4 *“proposte migliorative”* oscurate dalla ditta MyCicero;
- 2) di provvedere alla comunicazione ai due operatori economici della decisione contenuta nel presente provvedimento;
- 3) di trasmettere copia dell'offerta tecnica alla società Al maviva come indicato al precedente punto 1).

Il Responsabile del Servizio

Documento prodotto in originale informatico e firmato digitalmente ai sensi dell'articolo 20 del Decreto legislativo n.82/2005 e successive modificazioni ed integrazioni, recante : 'Codice dell'Amministrazione Digitale'