

TAR Lazio, Sezione Terza Quater, Sentenza n. 4947 del 7 marzo 2025

Appalti di servizi – Richiesta di accesso all’offerta coperta da segreti tecnico-commerciali –

Motivazione adeguata – Prova necessità documentazione

Pubblicato il 07/03/2025

N. 04947/2025 REG.PROV.COLL.

N. 10195/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10195 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.p.A. in proprio e quale Mandataria Costituendo Rti con (...) S.p.A. e (...) S.p.A., (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentati e difesi dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

-della deliberazione del (...) numero 1375 del 13 agosto 2024, che dispone l'aggiudicazione in favore di (...) S.p.a. della procedura aperta telematica, avente ad oggetto l'affidamento del “servizio di sterilizzazione con fornitura in service dello strumentario chirurgico e attività connesse, per la durata di cinque anni (60 mesi), occorrente alla (...), per un importo pari ad € 8.115.759,30 IVA esclusa (22%), oltre eventuali opzioni, modifiche e rinnovo di ulteriori 24 mesi” – CIG (...)”, comunicata via pec in data 19 settembre 2024 (doc. 1);

-del verbale n. 5 del 26 gennaio 2024 nella parte in cui la Commissione ha provveduto alla riassegnazione dei punteggi, in seguito all'esclusione di altro operatore economico;

-nonché, per quanto occorrer possa, dei verbali n. 1 del 1.09.2023, n. 2 del 10.2023, n. 3 del 7.12.2023, n. 4 del 11.12.2023 e n. 5 del 26.01.2024 (docc. da 2 a 6), nelle parti di cui in esposizione;

-di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, anche ove non conosciuto.

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato tra la (...) e l'impresa controinteressata e subentro del RTI (...) nello stesso. e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente economico.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) S.P.A. IN PROPRIO E QUALE MANDATARIA COSTITUENDO RTI CON (...) S.P.A. E (...) S.P.A. il 13\12\2024:

NONCHE' PER L'ANNULLAMENTO

(con il presente ricorso per motivi aggiunti al ricorso introduttivo e all'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a.)

-del diniego parziale di accesso agli atti contenuto nota dell'(...) prot. n. 91172 del 19.11.2024, avente ad oggetto “Integrazione Documentale Accesso agli Atti –

Trasmissione Relazione Tecnica oscurata del 25/09/2024 (...)” (doc. 7 depositato dalla Stazione Appaltante il 25 novembre 2024);

-dei medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio;

CON CONSEGUENTE ORDINE DI ESIBIZIONE

-a carico della (...), delle parti dell’offerta tecnica e dei giustificativi di (...) immotivatamente e illegittimamente oscurate, previo accertamento del diritto di accesso in capo al RTI (...).

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) Spa e di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2025 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente, con il ricorso originario, ha impugnato il diniego parziale, del 5 settembre 2024, di accesso sulla sua istanza di accesso con riferimento all’offerta tecnica e ai giustificativi presentati dalla (...).

Con motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato il diniego parziale di accesso agli atti contenuto nella nota dell’(...) del 19 novembre 2024, avente ad oggetto “*Integrazione Documentale Accesso agli Atti – Trasmissione Relazione Tecnica oscurata del 25/09/2024 (...)*”.

Si sono costituite l’(...) e la controinteressata (...).

All’udienza del 16 aprile 2024 l’istanza ex art. 116 è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso e i motivi aggiunti sono infondati.

Risulta preventivamente opportuno ricostruire la disciplina giuridica dell’accesso ai documenti amministrativi, con particolare riguardo agli atti di gara.

L'art. 35 del d.lgs. n. 36 del 2023 ripropone, sostanzialmente, il contenuto dell'art. 53 del codice del 2016, il quale, a sua volta, non si discostava dal precedente art. 13 del codice del 2006. Il comma 4 del predetto art. 35, qui d'interesse, prevede tra le ipotesi di esclusione dall'accesso: *“le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, e fornite alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche, ove coperte da diritti di privativa intellettuale. Dette limitazioni potranno essere superate e quindi giungere all'ostensione della documentazione in questione se all'esito del bilanciamento tra interessi contrapposti l'ostensione risulta indispensabile ai fini della difesa in giudizio degli interessi giuridici rappresentati del richiedente in relazione alla procedura di gara”*.

La giurisprudenza è concorde nel definire segreto tecnico o commerciale *“quella parte dell'offerta o delle giustificazioni della anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa in gara (il know how), vale a dire l'insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza. Si tratta, del resto, di beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa, che sono prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva della singola impresa e cui l'ordinamento, ai fini della corretta esplicazione della concorrenza, offre tutela di loro in quanto segreti commerciali: cfr. artt. 98 e 99 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale)”* (Cons. St., 64/2020).

È stato ulteriormente precisato che costituiscono oggetto di tutela i *“segreti commerciali”* vale a dire le *“informazioni aziendali”* e le *“esperienze tecnico-industriali”* e commerciali, che sono *“soggette al legittimo controllo del detentore”*. Per essere segreto, inoltre, il dato deve essere suscettibile di sfruttamento economico e deve presentare un effettivo carattere di segretezza (non deve essere noto ad altri operatori del mercato e deve essere protetto).

Il comma 5 dell'art. 35 in esame dispone che quando l'accesso è indispensabile per

la difesa in giudizio, il segreto deve considerarsi recessivo.

Come ha avuto modo di chiarire la Giurisprudenza del Consiglio di Stato con argomentazioni che possono essere estese all'applicazione della sopravvenuta disciplina di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 36 del 2023, *“al fine dell'esercizio del diritto di accesso nell'ambito di un procedimento per l'affidamento di contratti pubblici, laddove l'accesso integrale potrebbe disvelare segreti tecnici o commerciali, il richiedente l'accesso deve dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità dell'utilizzazione della documentazione richiesta in uno specifico giudizio, atteso che, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela della riservatezza ed il diritto all'esercizio del cosiddetto accesso difensivo, risulta necessario accertare l'effettiva sussistenza o meno del nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate”*. E' stato altresì specificato che devono *“rimanere distinti nell'ambito del procedimento (e, poi, del processo): la valutazione che l'amministrazione è chiamata a compiere sull'istanza di accesso e sulla sussistenza dei presupposti per il suo accoglimento avuto riguardo alla motivazione dell'istanza di accesso; la valutazione sulla sussistenza dei segreti tecnici o commerciali; 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 dovrà essere positivamente valutato prima che si proceda al passaggio logico successivo, sicché se l'istanza di accesso non presenta i requisiti richiesti per il suo accoglimento ciò precluderà in radice che si faccia questione dell'esistenza di segreti tecnici e commerciali; se invece l'istanza sarà favorevolmente valutata e non dovessero sussistere segreti tecnici o commerciali, non sarà necessario valutare la sussistenza di esigenze di difesa in capo all'istante; se invece, dovessero essere valutate favorevolmente l'istanza di accesso e la “motivata e comprovata dichiarazione” del controinteressato fondata sulla sussistenza di segreti tecnici o commerciali (sulla quale si richiama, Cons. Stato, Sez. V 31 marzo 2021, n. 2714), l'amministrazione sarà chiamata ad 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)” (ex multis, Cons. St. Sez. V, 27 febbraio 2024 n. 1914; Cons. St. sez. V, 29 gennaio 2024, n. 871).

È stato poi rilevato che “la prova circa l’esistenza del segreto, almeno in quella parte dell’offerta tecnica in cui vengono illustrati gli aspetti più direttamente espressivi dell’identità dell’impresa, può ritenersi “alleggerita”, in quanto la partecipazione ad una procedura così impostata sollecita, inevitabilmente, in ogni partecipante la proposta di modelli rappresentativi del suo peculiare know-how. La motivazione a giustificazione della tutela del segreto tecnico e commerciale può essere, pertanto, tratta anche per relationem dalla consultazione dei documenti di gara, laddove i profili oggetto di scrutinio da parte della commissione giudicatrice identificano il tipo di informazioni aziendali che l’operatore economico rende visibili con la partecipazione alla competizione e, quindi, il livello di intrusione nei propri affari che subisce in caso di accesso. Una lettura evolutiva della nozione di “segreto tecnico e commerciale” contenuta nell’art. 53, co.5, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 (e, oggi, nell’art. 35, co.4, lett. a), del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) non può non tener conto, da un lato, del valore patrimoniale ormai riconosciuto alla contigua categoria dei “dati personali” in ambito consumeristico (vds. art. 135-octies, co.4, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, introdotto dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/770) e, dall’altro, del rafforzamento della tutela del know-how per effetto del d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63, di attuazione della Direttiva (UE) 2016/943, che ha, tra l’altro, sia previsto la fattispecie colposa dell’illecita acquisizione o utilizzazione dei segreti industriali sia arricchito gli strumenti di tutela processuale del segreto mediante l’attribuzione al giudice del potere di inibirne la divulgazione ad ogni soggetto a vario titolo coinvolto nel giudizio (vds. i nuovi artt. 99 e 121-ter del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30). Una puntuale ricostruzione della nozione di know-how è stata compiuta dalla Corte di Cassazione, che lo ha definito come quel “patrimonio cognitivo e organizzativo necessario per la costruzione, l’esercizio, la manutenzione di un apparato industriale (Sez. 5, n. 25008 del 18/05/2001, Rv. 219471). Ci si riferisce, con tale espressione, a una tecnica, o una prassi o, oggi, prevalentemente, a una informazione, e, in via sintetica, all’intero patrimonio di conoscenze di un’impresa, 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. Si tratta di un patrimonio di conoscenze il cui valore economico è parametrato all'ammontare degli investimenti (spesso cospicui) richiesti per la sua acquisizione e al vantaggio concorrenziale che da esso deriva, in termini di minori costi futuri o maggiore appetibilità dei prodotti. Esso si traduce, in ultima analisi, nella capacità dell'impresa di restare sul mercato e far fronte alla concorrenza. L'informazione tutelata dalla norma in questione è, dunque, un'informazione dotata di un valore strategico per l'impresa, dalla cui tutela può dipendere la sopravvivenza stessa dell'impresa” (Cass. pen., Sez. V, 4 giugno 2020, n. 16975). D'altra parte, nella trama del d.lgs. n. 50/2016, si rinvencono diverse disposizioni che chiamano la stazione appaltante a valutare “d'ufficio” i rischi per “i legittimi interessi commerciali” degli operatori economici o per la “leale concorrenza tra questi” connessi alla divulgazione di determinate informazioni (art. 76, co. 4, ma, nello stesso senso, vds. anche gli artt. 98, co.5, 153, co.2, nonché, nel vigente d.lgs. n. 36/2023, gli artt. 90, co.3, 111, co.5, 184, co.6), a dimostrazione della presenza, all'interno del sistema di tutela della riservatezza commerciale, di interessi che trascendono quelli, privati, del detentore, e assumono una connotazione pubblicistica, a garanzia della libertà di concorrenza” (T.A.R. Lazio, Sez. I, 26 febbraio 2024, n. 3811).

Posti questi principi, a fronte della generica motivazione indicata dalla ricorrente nella istanza di accesso, del tutto legittimo deve ritenersi l'operato della stazione appaltante che ha denegato l'accesso alla documentazione richiesta e ciò a prescindere dal vaglio sull'effettiva sussistenza del segreto tecnico e commerciale, ponendosi la problematica del contemperamento degli opposti interessi solo in presenza di un'istanza di accesso congruamente motivata.

In sostanza, la ricorrente non ha dato prova della concreta necessità dell'utilizzazione della documentazione richiesta, mentre la controinteressata (...) ha espressamente indicato la sussistenza di “*dettagli specifici relativi a un metodo globale di gestione del servizio di sterilizzazione brevettato da (...) con il brevetto europeo n. EP 1 812 083 B1 “Method for sanitising, sterilising and packaging of sets of surgical instruments”.*

In conclusione, il ricorso è respinto.

Stante l'andamento del giudizio sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere, Estensore

Francesca Ferrazzoli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Claudia Lattanzi

IL PRESIDENTE

Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO