

Bilanciamento tra diritto di accesso e tutela dei segreti: il TAR Lazio aderisce a una lettura evolutiva della nozione di “segreto tecnico e commerciale”

di Eleonora Liberali

Data di pubblicazione: 1-4-2025

In linea di principio, la complessiva organizzazione aziendale (intesa in senso ampio) e la personalizzazione delle offerte alla clientela che da essa deriva non costituiscono, di per sé ed in quanto tali, segreti tecnici o commerciali; deve però essere altresì considerato che, in determinati settori del mercato di più recente emersione, i due aspetti non sono scindibili, giacché in tali settori la competizione concorrenziale fra le imprese che vi operano si gioca proprio (e soltanto) su una continua personalizzazione delle offerte alla clientela quanto più innovativa, mirata e specifica possibile.

Il settore del welfare aziendale [...] è da ritenersi inquadrabile in questa specifica categoria, sicché in relazione ad esso dev'essere seguita quella «lettura evolutiva della nozione di “segreto tecnico e commerciale”»

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 36, comma 7, d.lgs. 36/2023;

sul ricorso numero di registro generale 13166 del 2024, proposto, in relazione alla procedura CIG B228299C09, da

Jointly – il Welfare Condiviso S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi e Laura Pelizzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Baldassarre e Raffaella Menzella, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Baldassarre in Roma, via Nazionale n. 91;

nei confronti

di Commissione Nazionale per Le Società e La Borsa, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni, Edenred Italia S.r.l., Eudaimon S.p.A., Doubleyou S.r.l., Welbee S.p.A., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

in relazione alla procedura con CIG B228299C09 ("Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione del piano di flexible benefit riservato al personale della Banca d'Italia, della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm)"),

- della "Comunicazione di aggiudicazione ex art. 90 d.lgs. n. 36/2023" nota 25.11.2024 prot. 2301142/24, nella parte in cui, "In relazione all'accesso agli atti e in conformità a quanto previsto dall'art. 36, commi 1 e 2" dlgs 36/2023 ("CCP"), essa sintetizza "le valutazioni svolte in merito alle richieste di oscuramento formulate dai primi cinque concorrenti in graduatoria" sulla scorta delle quali essa reputa ostensibile "un file "ZIP" (allegato 2) contenente le offerte tecniche ed economiche presentate dai concorrenti collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria.", facendo "In proposito [...] presente che le offerte tecniche al momento trasmesse sono state oscurate sulla base delle indicazioni fornite dai concorrenti ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a), del Codice. Tuttavia, nel valutare l'effettiva sussistenza dei segreti tecnici e/o commerciali rappresentati e svolte le considerazioni di merito riportate nella documentazione allegata, questo Istituto non ha ritenuto sussistenti le ragioni di segretezza indicate dagli offerenti. Pertanto, decorso il termine di cui all'art. 36, comma 5, del Codice, si procederà all'ostensione dell'offerta tecnica come da allegato 3.",

- della "RELAZIONE PER L'AGGIUDICAZIONE" nota 25.11.2024 prot. 2300970/24 e relativo "ALLEGATO",

- della nota della BANCA in data 8.11.2024 prot. 2187750/24,

provvedimenti in forza dei quali, se non sospesi ex artt. 55 e 56 cpa, "decorso il termine di cui all'art.36, comma 5 del Codice", ossia dopo il "decorso del termine di impugnazione delle decisioni" sull'accesso con ricorso ex art. 36 stesso, e perciò a decorrere dal 6.12.2024, "si procederebbe a rendere integralmente disponibile l'offerta tecnica di Jointly (senza i relativi allegati, in quanto recanti contenuti meramente esplicativi o esemplificativi di contenuti già esaustivi), procedendo ai limitati oscuramenti giustificati dalle ragioni di massima precauzione già prospettate con riferimento agli altri concorrenti",

NONCHÉ PER L'EMANAZIONE

ex art. 34 c. 1 lett. e) cpa di opportune misure attuative del giudicato, inclusa la nomina di commissario ad acta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Banca d'Italia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025 il dott. Vincenzo Rossi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società odierna ricorrente ha partecipato alla procedura aperta ex art. 71 d.lgs. 36/2023, indetta dalla Banca d'Italia e contrassegnata dal CIG B228299C09, per l'affidamento del servizio di gestione del piano di *flexible benefit* riservato al personale della stessa Banca d'Italia, nonché della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, classificandosi quinta.

In conformità a quanto previsto dal disciplinare di gara (§ 2.4., primo capoverso) ha evidenziato in giallo le parti della propria offerta tecnica costituenti segreti tecnici e commerciali, fornendo la relativa motivazione.

Nell'espletamento della gara e, in particolare, nel determinarsi sulle richieste di cui all'art. 35, comma 4, d.lgs. 36/2023, con nota prot. 2187750/24 dell'8 novembre 2024 la Banca d'Italia ha rilevato che l'evidenziazione concerneva «*una parte significativa dell'offerta tecnica, [di cui è stato richiesto] pertanto l'oscuramento*» e osservato «*peraltro che, tra le parti oggetto di evidenziazione (con connessa richiesta di oscuramento), vi sono anche elementi che sembrerebbero non rappresentare effettivamente segreti tecnici o commerciali (ad es., l'organizzazione dei contenuti del portale, l'estensione e distribuzione territoriale della rete, etc.)*»: ha perciò invitato la ricorrente, nei successivi sette giorni, «*a riproporre la medesima offerta tecnica presentata in gara, avendo cura di evidenziare unicamente tali parti, fornendone adeguata e puntuale motivazione*», con l'avvertimento che «*in mancanza, ovvero in caso di motivazioni generiche (ossia non adeguatamente motivate e comprovate), la Banca effettuerà le proprie valutazioni sull'eventuale oscuramento dell'offerta tecnica (o parte della stessa) sulla base della documentazione e delle motivazioni agli atti, nel rispetto delle previsioni di cui al citato art. 36, commi 3 e ss., del Codice*».

L'odierna ricorrente, ritenendo esaustivo quanto già esposto in sede di offerta, ha ritenuto di non riscontrare la predetta richiesta di chiarimenti.

Nella relazione per l'aggiudicazione (di cui alla nota prot. 2300970/24 del 25 novembre 2024), la Banca d'Italia - per quanto specificamente concerne la posizione dalla ricorrente - ha dato

atto del mancato riscontro e, perciò, che *«si procederebbe a rendere integralmente disponibile l'offerta tecnica di Jointly (senza i relativi allegati, in quanto recanti contenuti meramente esplicativi o esemplificativi di contenuti già esaustivi), procedendo ai limitati oscuramenti giustificati dalle ragioni di massima precauzione già prospettate con riferimento agli altri concorrenti»*.

1.1. Con ricorso notificato e depositato il 5 dicembre 2024, Jointly ha proposto - ai sensi dell'art. 36, comma 4, d.lgs. 36/2023 - impugnazione avverso la predetta decisione, affidandosi ai seguenti motivi di censura:

- *«1. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 21, 50 E 55 DIRETTIVA 2014/24/UE; 2, 3, 4, 5, 12, 35 E 36 DLGS 36/2023; DEL DISCIPLINARE DI GARA; DEGLI ARTT. 1, 3 E 6 L. 241/1990; 5 TUE, 97 C. 2 COST.; CARENZA DI ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ; ILLOGICITÀ; SVIAMENTO»*;

- *«2. FALSA APPLICAZIONE E VIOLAZIONE DELL'ART. 98 DLGS 30/2005; ULTERIORI PROFILI DI VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 21, 50 E 55 DIRETTIVA 2014/24/UE; 2, 3, 4, 5, 12, 35 E 36 DLGS 36/2023; DEL DISCIPLINARE DI GARA; DEGLI ARTT. 1, 3 E 6 L. 241/1990; 4 E 5 TUE; 101 E 102 TFUE; 41, 97 C. 2 E 117 C. 1 COST.; CARENZA DI ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ; ILLOGICITÀ; SVIAMENTO»*;

- *«3. VIOLAZIONE SOTTO ALTRO PROFILO DEGLI ARTT. 2, 3, 5, 12, 35 E 36 DLGS 36/2023; DEGLI ARTT. 1, 3 E 6 L. 241/1990; 5 TUE, 3 E 97 C. 2 COST.; 21, 50 E 55 DIRETTIVA 2014/24/UE, CARENZA DI MOTIVAZIONE; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ; ILLOGICITÀ; SVIAMENTO; DISPARITÀ DI TRATTAMENTO»*.

A sostegno della fondatezza delle proprie domande, la ricorrente, in estrema sintesi, ha:

- lamentato l'omessa o insufficiente motivazione da parte della Banca d'Italia sulle ragioni della sua richiesta di oscuramento;

- ribadito la fondatezza di tali ragioni, illustrando perché le parti dell'offerta da essa evidenziate costituissero segreti tecnici e commerciali alla luce delle specificità del settore economico-imprenditoriale di riferimento;

- ampiamente dedotto profili di contrasto della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione Europea, in termini sostanzialmente sovrapponibili a quelli rilevati dall'ordinanza del Consiglio di Stato n. 8278/2024 pubblicata il 15 ottobre 2024 (che ha richiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla seguente questione: *«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»), chiedendo a questo Tribunale di sollevare analoga questione oppure di attendere la pronuncia pregiudiziale.

La ricorrente ha altresì avanzato domanda di tutela cautelare, anche monocratica.

2. Quest'ultima istanza è stata accolta con decreto n. 5562/2024 pubblicato il 6 dicembre 2024, che ha contestualmente fissato la camera di consiglio del 18 dicembre 2024 per la discussione collegiale.

3. La Banca d'Italia si è costituita in resistenza, confutando gli assunti della ricorrente e ribadendo la legittimità del proprio operato.

3.1. La ricorrente, in prossimità della camera di consiglio, ha controdedotto alle difese dell'Amministrazione, ribadendo le proprie prospettazioni difensive.

4. All'esito della menzionata camera di consiglio, con ordinanza n. 5839/2024 pubblicata il 19 dicembre 2024 è stata, per un verso, confermata la misura cautelare già disposta in via monocratica e, per altro verso, disposto che la Banca d'Italia depositasse, in forma cartacea e busta chiusa, l'offerta tecnica della ricorrente in versione integrale, affinché potesse essere concretamente vagliata la presenza di segreti tecnici e commerciali.

4.1. La Banca d'Italia ha tempestivamente adempiuto l'incombente istruttorio.

5. Nel prosieguo del giudizio, la ricorrente ha depositato una memoria ex art. 73 cod. proc. amm. al fine di ribadire ulteriormente i propri argomenti, la Banca d'Italia ha depositato una memoria di replica cui, da ultimo, la ricorrente ha a sua volta replicato.

6. Alla camera di consiglio del 29 gennaio 2025, il ricorso è stato discusso e spedito in decisione.

7. Preliminarmente, il Collegio ritiene che non sia necessario attendere il responso della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul quesito formulato, tramite rinvio pregiudiziale, dalla menzionata ordinanza del Consiglio di Stato n. 8278/2024 e che neppure sussistano i presupposti per formulare un'analoga richiesta ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., in quanto la questione ermeneutica controversa, alla luce di quanto appreso evidenziato, non è rilevante nel caso di specie.

7.1. Per quanto concerne gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti della graduatoria, il codice dei contratti pubblici contempla: a) una "regola"; b) una "eccezione"; c) una "eccezione all'eccezione" (che fa dunque riespandere la "regola").

Nel dettaglio:

a) la "regola" è che a tali operatori *«sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la [piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente], gli atti di cui al comma 1 [i.e.: i verbali di gara e gli atti, i*

dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione], nonché le offerte dagli stessi presentate» (art. 36, comma 2, d.lgs. 36/2023);

b) la “eccezione” è che la stazione appaltante o l'ente concedente proceda, su richiesta degli operatori interessati, all'oscuramento delle «*informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali»* (art. 35, comma 4, lett. a), così come richiamato dall'art. 36, comma 3, d.lgs. 36/2023, secondo cui «*nella comunicazione [digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90], la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'art. 35, comma 4, lettera a)»*);

c) la “eccezione all'eccezione” è che, anche in presenza di segreti tecnici o commerciali, dev'essere comunque «*consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara»* (art. 35, comma 5, d.lgs. 36/2023).

7.1.1. La “eccezione all'eccezione”, dunque, si pone allorché la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga che si sia in presenza di un segreto tecnico o commerciale nei sensi indicati da uno degli operatori collocatisi nei primi cinque posti, provvedendo perciò al relativo oscuramento, e, tuttavia, un altro di tali operatori ritenga indispensabile, per l'esercizio del proprio diritto di difesa, prendere visione di quanto oscurato.

È in questa specifica ipotesi che ha ragione di porsi il dubbio di compatibilità eurounitaria manifestato dal Consiglio di Stato, poiché in tale specifica ipotesi:

- secondo il diritto italiano, il conflitto va inderogabilmente risolto in favore del diritto di difesa consentendo l'accesso alla documentazione pur contenente segreti tecnici o commerciali;
- secondo il diritto dell'Unione Europea potrebbe invece essere necessario mettere in atto modalità bilanciamento che tengano conto anche dell'esigenza di non divulgare i segreti tecnici o commerciali.

7.1.2. Risulta differente l'ipotesi in cui un operatore economico richieda l'oscuramento per ragioni di tutela dei segreti tecnici o commerciali e la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga - in tutto o in parte - insussistenti tali ragioni: in un caso del genere l'oggetto del contendere verte esclusivamente sulla configurabilità di un segreto tecnico o commerciale, che è il presupposto affinché operi la “eccezione” alla “regola”.

Ove detto presupposto non sia configurabile, deve necessariamente operare la “regola” (della reciproca messa a disposizione delle offerte fra i primi cinque classificati) senza che assuma, a tal fine, alcuna rilevanza che non vi siano altrui interessi difensivi da tutelare.

In altri termini, in assenza di un segreto tecnico o commerciale la “regola” opera per forza propria e non per il tramite della “eccezione alla eccezione”, sicché quest'ultima non viene in

rilievo.

7.1.3. Va da ultimo precisato che, per converso, l'assenza di altrui interessi difensivi non può di per sé legittimare la pretesa, da parte di alcuno dei concorrenti collocatisi fra il secondo e il quinto posto, che la propria offerta non sia messa a disposizione degli altri primi cinque classificati, in quanto ciò stravolgerebbe la "regola" posta dall'art. 36, comma 2, d.lgs. 36/2023, la cui *ratio* - così come resa manifesta dalla Relazione al codice - sta nel «*ridurre i tempi dell'eventuale contenzioso che può venirsi a creare rispetto alla procedura di gara*», consentendo ai menzionati concorrenti di «*orientarsi immediatamente se impugnare gli atti di gara oppure no*».

Dal momento che il legislatore ha inteso effettuare un bilanciamento, nei sensi sopra esposti, fra le esigenze di speditezza del contenzioso vertente sulle gare pubbliche e di riservatezza delle offerte, la realizzazione di tale bilanciamento dev'essere assicurata in sede applicativa: ne deriva che la riservatezza fra i primi cinque concorrenti non può operare oltre il limite della effettiva (e non meramente affermata) sussistenza di segreti tecnici e commerciali.

7.2. Tenuto conto delle coordinate ermeneutiche che precedono, nella presente controversia:

- o sono configurabili segreti tecnici o commerciali nelle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento, e in tal caso quelle parti non dovranno essere ostese;
- oppure detti segreti non sono configurabili, e in tale diverso caso quelle parti dell'offerta dovranno essere ostese agli altri quattro concorrenti.

Sicché l'unico punto effettivamente controverso e risolutivo è se le parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento contengano o meno segreti tecnici o commerciali: trattasi di un quesito privo di attinenza con i dubbi di compatibilità eurounitaria alla base del rinvio pregiudiziale formulato dal Consiglio di Stato.

8. Il Collegio, anche alla luce dell'esame dell'offerta tecnica depositata in forma cartacea, ritiene di fornire risposta affermativa al predetto dirimente quesito, sicché il ricorso risulta assistito da giuridico fondamento e, pertanto, da accogliere.

8.1. Va innanzitutto osservato che non può attribuirsi rilevanza al mancato riscontro, da parte della ricorrente, alla richiesta di chiarimenti, non foss'altro perché quest'ultima era stata formulata in termini generici, da un lato, e finanche dubitativi, dall'altro: i principi della fiducia e della buona fede (artt. 2 e 5 d.lgs. 36/2023) avrebbero invece imposto di indicare, in modo dettagliato e specifico, quali parti dell'offerta di cui Jointly aveva richiesto l'oscuramento non costituissero, secondo la Banca d'Italia, segreti tecnici o commerciali; soltanto a fronte di ciò si sarebbe potuta esigere una risposta e considerare "significativa" la sua mancanza.

8.2. In secondo luogo, neppure può attribuirsi rilevanza, quantomeno non decisiva, al mero raffronto con le richieste di oscuramento degli altri concorrenti, sia nella versione originaria sia così come modificate a seguito delle richieste di chiarimenti da parte della Banca d'Italia, in quanto dall'assenza di segreti tecnici o commerciali in determinate parti delle offerte di altri

concorrenti non può desumersi che i segreti non vi siano anche nelle (in tutto o in parte) sovrapponibili parti dell'offerta della ricorrente.

Tale dato può assumere, al più, un valore indiziario, di cui tenere conto esaminando però isolatamente e specificamente l'offerta in questione.

8.3. Deve dunque vagliarsi la fondatezza della pretesa della ricorrente all'oscuramento della propria offerta nei termini indicati all'atto della sua presentazione e reiterati in questa sede.

8.3.1. A tal fine va premesso che, in punto di diritto, sulla nozione di "segreto tecnico o commerciale" rilevante nell'ambito delle gare pubbliche, si ravvisano orientamenti giurisprudenziali non univoci.

Un più diffuso indirizzo ermeneutico segue un approccio piuttosto restrittivo, sia quanto alla configurabilità del segreto sia per quanto riguarda la sua prova: *ex multis*, può richiamarsi Cons. Stato, Sez. IV, ord. 6 dicembre 2024, n. 9820, secondo la quale *«l'opposizione alla ostensione, ponendosi in un rapporto di eccezione rispetto alla regola dell'accessibilità, non può basarsi su motivazioni generiche o stereotipate, atteso che nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, risultando fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione; è dunque onere di chi eccepisce la sussistenza di tale qualificata esigenza di riservatezza dimostrare l'esistenza di un vero e proprio segreto tecnico o commerciale mediante elaborazioni o studi specialistici, fornendo altresì allegazioni idonee ad inferire che il modello, ovvero l'idea da mettere al riparo dalla concorrenza, sia passibile di trovare applicazione in una serie indeterminata di appalti, avvantaggiando indebitamente il concorrente che strumentalizza l'istanza di accesso per fini diversi rispetto a quelli difensivi (Consiglio di Stato, sez. III, 19 settembre 2024 n. 7650) [...] L'esistenza di un segreto tecnico - commerciale deve essere dimostrata in coerenza con la definizione normativa contenuta nel d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, che richiede, ai fini della tutela, che le informazioni aziendali e commerciali e le esperienze sulle applicazioni tecnico - industriali rispondano a requisiti di segretezza e rilevanza economica e siano soggette, da parte del legittimo detentore, a misure di protezione ragionevolmente adeguate. In altre parole, è agli specifici caratteri di cui all'art. 98 del Codice della proprietà industriale che la dichiarazione "motivata e comprovata" circa l'esistenza di un segreto commerciale deve fare riferimento, non potendo viceversa l'operatore limitarsi ad una mera e indimostrata affermazione tesa a ricomprendere certe informazioni nel patrimonio aziendale o riferite alla peculiarità dell'offerta. Inoltre, nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, perché è del tutto fisiologico e risponde a criteri di ragionevole gestione aziendale che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione, propri contatti commerciali e idee differenti da applicare alle esigenze della clientela. La qualifica di segreto tecnico o commerciale deve, invece, essere riservata a elaborazioni e studi ulteriori, di carattere specialistico, che trovano applicazione in una serie indeterminata di appalti e sono in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano a conoscenza. Dunque, l'esercizio del diritto di accesso non può essere impedito adducendo generiche ragioni di riservatezza industriale o commerciale, ma solo in presenza di specifiche informazioni di carattere segreto - da valutare alla luce di quanto*

disposto dall'art. 98 del d.lgs. n. 30/2005 - ovvero riservato, ove comunque afferenti al know-how aziendale, secondo la comprovata e motivata opposizione all'accesso sollevata dai controinteressati (cfr. T.a.r. Trento, sez. I, 19 aprile 2023 n. 59)».

Non manca, tuttavia, una posizione interpretativa caratterizzata da maggiore apertura: secondo una pronuncia di questo Tribunale, «*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» (così in particolare T.A.R. Lazio, Sez. I-quater, 26 febbraio 2024, n. 3811).

8.3.2. Ad avviso del Collegio, questi due approdi non sono da considerarsi necessariamente inconciliabili e contrastanti, ma possono trovare composizione ritenendo che il secondo abbia un ambito di applicazione speciale e, dunque, differenziato (anziché sovrapposto) rispetto al primo.

Può postularsi che, in linea di principio, la complessiva organizzazione aziendale (intesa in senso ampio) e la personalizzazione delle offerte alla clientela che da essa deriva non costituiscono, di per sé ed in quanti tali, segreti tecnici o commerciali; deve però essere altresì considerato che, in determinati settori del mercato di più recente emersione, i due aspetti non sono scindibili, giacché in tali settori la competizione concorrenziale fra le imprese che vi operano si gioca proprio (e soltanto) su una continua personalizzazione delle offerte alla clientela quanto più innovativa, mirata e specifica possibile.

8.3.3. Il settore del *welfare* aziendale, tenuto conto di quanto allegato (ad esempio: pagg. 4-5 ricorso) e documentato (doc. 6 allegato al ricorso, nonché doc. 10 prodotto l'8 gennaio 2025) dalla ricorrente, è da ritenersi inquadrabile in questa specifica categoria, sicché in relazione ad esso dev'essere seguita quella «*lettura evolutiva della nozione di "segreto tecnico e commerciale"*» di cui al richiamato precedente di questo Tribunale (T.A.R. Lazio, I-quater, n. 3811/2024 cit.).

Seguendo tale lettura, le valutazioni compiute dalla Banca d'Italia sull'offerta tecnica della ricorrente non sono suscettibili di condivisione, in quanto agganciate ad una nozione invece fortemente restrittiva di segreto tecnico e commerciale.

Invece, tenuto conto di quanto *supra* rilevato, si deve ritenere che l'intero patrimonio di conoscenze, in uno con il complessivo utilizzo strategico che di esse l'impresa intende effettuare, debba essere ritenuto incluso nell'area della segretezza tecnica e commerciale.

Risulta perciò meritevole di positivo apprezzamento la richiesta della ricorrente di non ostensione della propria offerta nelle parti *ab origine* evidenziate, delle quali il Collegio ha preso visione e che ritiene, nel loro insieme, espressione di una strategia aziendale da ricondurre nell'ambito della tutela di cui all'art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. 36/2023.

9. Alla luce di tutto quanto precede il ricorso deve dunque trovare accoglimento, con la conseguenza che va ordinato alla Banca d'Italia di provvedere a quanto previsto dall'art. 36, comma 2, d.lgs. 36/2023, vale a dire mettere a disposizione degli altri quattro concorrenti l'offerta tecnica della ricorrente, previo oscuramento di tale offerta nei termini richiesti dalla medesima ricorrente.

10. La regolamentazione delle spese di lite avviene, in deroga al criterio della soccombenza, disponendone l'integrale compensazione (fermo restando, in virtù di quanto disposto dall'art. 13, comma 6-bis.1, D.P.R. 115/2002, l'onere di pagamento del contributo unificato, da rifondere alla controparte vittoriosa ove questa lo abbia effettivamente versato), tenuto conto

dei profili di significativa novità e peculiarità della questione trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, ordina alla Banca d'Italia di provvedere a quanto previsto dall'art. 36, comma 2, d.lgs. 36/2023 previo oscuramento dell'offerta tecnica della ricorrente nei termini dalla medesima richiesti.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della Sezione che ne darà comunicazione alle parti costituite.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Tuccillo, Presidente FF

Gabriele La Malfa Ribolla, Referendario

Vincenzo Rossi, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La **sentenza n. 2051 del 30 gennaio 2025 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio** – Roma affronta il delicato tema del **bilanciamento tra diritto di accesso e tutela dei segreti tecnici e commerciali**, con riguardo alla **reciproca ostensione** degli atti e delle offerte, prevista dall'**art. 36, comma 2, d.lgs. n. 36/2023**, a favore degli **operatori economici collocati nei primi cinque posti in graduatoria**.

Questa la vicenda sottesa. Con il ricorso oggetto del giudizio parte ricorrente impugna la "*comunicazione di aggiudicazione ex art. 90 d.lgs. n. 36/2023*" con cui, nell'ambito di una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione di un piano di "*flexible benefit*", **la stazione appaltante ha reputato non sussistenti le ragioni di segretezza poste dal ricorrente a giustificazione dell'oscuramento di parte della propria offerta tecnica e, quindi**, ha comunicato che – decorso il termine di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 36, cit. – avrebbe proceduto alla relativa **ostensione**. In particolare, l'impresa ricorrente ha lamentato l'omessa o insufficiente motivazione da parte dell'Amministrazione sulle ragioni della sua richiesta di oscuramento; ha ribadito la fondatezza di tali ragioni, illustrando perché le parti dell'offerta da essa evidenziate costituissero segreti tecnici e commerciali alla luce delle specificità del settore economico-imprenditoriale di riferimento; ha dedotto profili di contrasto della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione Europea, in termini sostanzialmente sovrapponibili a quelli rilevati dall'ordinanza del Consiglio di Stato n. 8278/2024, di rinvio

pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia UE.

Ai fini della decisione del ricorso, i Giudici amministrativi procedono, preliminarmente, alla ricostruzione del quadro normativo di riferimento, chiarendo che per quanto concerne gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria, il nuovo codice dei contratti pubblici prevede (i) una **regola**, (ii) una **eccezione**, e (iii) una **“eccezione alla eccezione”** (che, quindi, fa ri-espandere la regola generale). Nello specifico:

- i. la **regola** è quella della **ostensione**, scolpita nell'**art. 36, comma 2, d.lgs. n. 36/2023**, per cui a tali operatori *“sono resi reciprocamente disponibili, [...] gli atti di cui al comma 1 [i.e.: i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione], nonché le offerte dagli stessi presentate”*;
- ii. l'**eccezione** è quella dell'**oscuramento dei segreti tecnici e commerciali**, scolpita nell'**art. 36, comma 3, d.lgs. n. 36, cit.**, che richiama l'**art. 35, comma 3, lett. a), cit.**, per cui la stazione appaltante procede, su richiesta degli operatori interessati, all'oscuramento delle *«informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali»*;
- iii. l'**eccezione alla eccezione** (che fa riespandere la regola della **ostensione**) si verifica nel caso di **indispensabilità** dei dati oscurati ai fini dell’esercizio del **diritto di difesa**, scolpita nell'**art. 35, comma 5, d.lgs. cit.**, per cui anche in presenza di segreti tecnici o commerciali, dev'essere comunque *«consentito l’accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara»*.

Ciò premesso, il Collegio giudicante chiarisce che, **nel caso di specie, non viene in rilievo “l’eccezione alla eccezione”**, non controvertendosi in tema di necessità di ostensione dei segreti a fini di esercizio del diritto di difesa, così escludendo l’attinenza, al caso in esame, del rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato con la suddetta ordinanza. Invero, i Giudici evidenziano che il ricorso in oggetto afferisce alla (più semplice) ipotesi in cui un operatore economico richieda l’oscuramento per ragioni di tutela dei segreti tecnici o commerciali e la stazione appaltante ritenga - in tutto o in parte - insussistenti tali ragioni: in ultima analisi, **si controverte sulla sussistenza o meno di un segreto tecnico o commerciale, ossia sulle condizioni di operatività della prima eccezione.**

E infatti, *“nella presente controversia:*

- o sono configurabili segreti tecnici o commerciali nelle parti dell’offerta di cui è stato richiesto l’oscuramento, e in tal caso quelle parti non dovranno essere ostese;

- oppure detti segreti non sono configurabili, e in tale diverso caso quelle parti dell’offerta dovranno essere ostese agli altri quattro concorrenti.

Sicché l’unico punto effettivamente controverso e risolutivo è se le parti dell’offerta di cui è stato richiesto l’oscuramento contengano o meno segreti tecnici o commerciali” (par. 7.2 sent. in commento).

Sulla **nozione di segreto tecnico o commerciale** non vi è unanimità di interpretazioni, potendosi isolare due diversi orientamenti:

1. il primo, più diffuso, segue un approccio ermeneutico **restrittivo**, ritenendo che l'opposizione all'ostensione **non** può fondarsi su **motivazioni generiche o stereotipate** *“atteso che nella definizione di segreti tecnici o commerciali non può ricadere qualsiasi elemento di originalità dello schema tecnico del servizio offerto, risultando fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione”*; è dunque onere di chi eccepisce la sussistenza di tale qualificata esigenza di riservatezza **dimostrare l'esistenza di un vero e proprio segreto** tecnico o commerciale (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 19 settembre 2024 n. 7650);
2. il secondo segue, invece, un approccio **evolutivo**, caratterizzato da **maggiore apertura**, ritenendo 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”* (conf., in particolare, TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 26 febbraio 2024, n. 3811).

All'interno di tale panorama interpretativo, i Giudici amministrativi ritengono di **aderire al secondo indirizzo**, accedendo - dunque - a una **lettura evolutiva della nozione di segreto tecnico o commerciale**. In particolare, ad avviso del Collegio giudicante tale scelta si giustifica **in ragione dello specifico settore di mercato di riferimento** per cui, se è vero che, in linea di principio, la complessiva organizzazione aziendale (intesa in senso ampio) e la personalizzazione delle offerte alla clientela che da essa deriva non costituiscono, di per sé e in quanto tali, segreti tecnici o commerciali, è altrettanto indubbio che in determinati settori del mercato di più recente emersione – tra i quali quello del *welfare* aziendale, oggetto della procedura in esame – **“i due aspetti non sono scindibili, giacché in tali settori la competizione concorrenziale fra le imprese che vi operano si gioca proprio (e soltanto) su una continua personalizzazione delle offerte alla clientela quanto più innovativa, mirata e specifica possibile”** (par. 8.3.2 sent. in commento).

Alla luce di ciò, la Corte non ritiene dunque condivisibile la scelta della stazione appaltante di procedere a ostensione, dal momento che l'intero patrimonio di conoscenze, in uno con il complessivo utilizzo strategico che di esse l'impresa intende effettuare, deve ritenersi incluso nell'area della segretezza tecnica e commerciale.

Per tali i motivi, i Giudici laziali hanno quindi **accolto il ricorso** proposto dall'impresa, **ordinando** all'Amministrazione di provvedere a quanto previsto dall'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, previo **oscuramento** dell'offerta tecnica della ricorrente nei termini dalla medesima richiesti.

