

Publicato il 26/10/2021

N. 07173/2021 REG.PROV.COLL.
N. 10265/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10265 del 2020, proposto da

Lavanderia Industriale Cipelli s.r.l., in proprio e quale mandante del R.T.I. con Servizi Italia s.p.a. e Ata Imbottiti s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi e Cataldo Giuseppe Salerno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi in Roma, via Tagliamento n. 14;

contro

Fondazione I.R.C.C.S. Istituto Neurologico Carlo Besta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Mascetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone n. 44;

nei confronti

Adapta s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scacchi ed Elio Leonetti, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Scacchi in Roma, via Crescenzo n. 19;
Regione Lombardia e Servizi Italia s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Lavanderia Industriale Cipelli s.r.l. e Ata Imbottiti, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 02132/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione I.R.C.C.S. Istituto Neurologico Carlo Besta e di Adapta s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 il Cons. Ezio Fedullo e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Il giudizio di appello ha ad oggetto la sentenza con la quale il T.A.R. per la Lombardia si è pronunciato, in senso reiettivo, sul ricorso proposto dalla Lavanderia Industriale Cipelli s.r.l., in proprio e nella sua qualità di mandante del R.T.I. Servizi Italia s.p.a. e ATA Imbottiti s.r.l., contro la Fondazione I.R.C.C.S. Istituto Neurologico Carlo Besta ai fini dell'annullamento della deliberazione n. 604 del 13 dicembre 2019 del suo Direttore Generale, con la quale si disponeva, relativamente al lotto 3 (avente ad oggetto il fabbisogno della Fondazione IRCCS Istituto Neurologico Carlo Besta), l'aggiudicazione a favore di Adapta s.p.a. dell'"appalto specifico" concernente il servizio di lavanolo, essendosi la ricorrente classificata in seconda posizione: procedura di appalto specifico espletata dalla suddetta Fondazione, ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. c) d.lvo n. 50/2016 (ovvero riaprendo il confronto competitivo tra gli operatori economici aggiudicatari), a valle dell'accordo quadro stipulato dalla centrale di committenza ARIA.

L'udienza odierna inerisce, in particolare, al giudizio incidentale (in relazione al quale sono state già celebrate due camere di consiglio) avente ad oggetto il soddisfacimento dell'istanza ostensiva presentata dalla parte appellante, già nell'ambito del primo grado di giudizio ma ivi disattesa, con riguardo all'offerta tecnica completa della società aggiudicataria Adapta s.p.a.: istanza respinta dal giudice di primo grado, appunto, sul rilievo che, non avendo la ricorrente proposto rituali censure in ordine alla dedotta difformità dell'offerta tecnica della medesima aggiudicataria rispetto alle prescrizioni di gara, sarebbero da un lato inammissibili le allegazioni formulate sul punto con semplice memoria (e non con motivi aggiunti), dall'altro lato, e di riflesso, inaccoglibili "le richieste istruttorie finalizzate ad accertare la veridicità dei predetti fatti".

Il suindicato punto dispositivo della sentenza appellata è stato censurato, con l'appello originario, dalla odierna appellante, la quale ha – in sintesi – lamentato che il giudice di primo grado avrebbe ommesso di pronunciarsi sulle istanze istruttorie da essa a più riprese formulate ai fini dell'acquisizione dell'offerta tecnica della aggiudicataria, non avendo l'Amministrazione provveduto al relativo deposito, come impostole dall'art. 46, comma 2, c.p.a. (a mente del quale "l'amministrazione, nel termine di cui al comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio"), con la conseguente sollecitazione del TAR ad esercitare il potere istruttorio di cui all'art. 65, comma 3, c.p.a. (ai sensi del quale "ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46, il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni").

Essa contesta, conseguentemente, anche la decisione del giudice di primo grado di dichiarare l'inammissibilità delle deduzioni da essa formulate in

ordine alla inadeguatezza e difformità dalla *lex specialis* del servizio reso dalla aggiudicataria, come già segnalato con p.e.c. del 7 maggio 2020 e relativi allegati alla stazione appaltante (doc. all.ti nn. 23 e 24 del giudizio di primo grado), in quanto l'omessa formulazione di appositi motivi aggiunti, che il T.A.R. ha posto a fondamento della statuizione contestata, sarebbe derivata proprio dalla incompletezza istruttoria che avrebbe inficiato il giudizio svoltosi innanzi ad esso, conseguente alla già evidenziata mancata acquisizione dell'offerta tecnica della controinteressata.

Chiamata la causa all'udienza pubblica del 22 aprile 2021, la Sezione, con l'ordinanza n. 3897 del 20 maggio 2021, resa all'esito della camera di consiglio del 22 aprile 2021, ha accolto l'istanza istruttoria della parte appellante, sul rilievo che "l'offerta tecnica presentata da Adapta s.p.a. costituisce documento essenziale sul quale basa il provvedimento di aggiudicazione impugnato, rilevante ai sensi dell'art. 46 comma 2 c.p.a." e che "non si tratta dunque di acquisire documenti estranei al procedimento, o in possesso di altre amministrazioni o di terzi, quanto di documenti detenuti dall'amministrazione, afferenti il procedimento che ha condotto all'atto impugnato e oggetto di valutazioni istruttorie rilevanti ai fini del tenore finale dello stesso, necessari ai fini del giudizio".

Per quanto concerne, invece, la questione della "presenza, all'interno dell'offerta tecnica, di eventuali segreti tecnici commerciali non divulgabili, ai sensi dell'art. 53, comma 5 lett. a) del codice dei contratti pubblici, giusta motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente", la Sezione, richiamato l'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui "l'organismo competente a conoscere dei ricorsi deve necessariamente poter disporre di tutte le informazioni necessarie per essere in grado di decidere con piena cognizione di causa, ivi comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali" (Corte di Giustizia, 14/2/2008 in causa C-450/06)", ha ordinato il deposito in giudizio dell'offerta tecnica nella sua integralità, affinché la stessa venisse posta a disposizione del giudice, con la precisazione che tale deposito sarebbe

dovuto avvenuto “cartaceamente, in modo riservato e in busta chiusa”, laddove la medesima offerta avesse contenuto “informazioni che l’offerente abbia qualificato “segreto tecnico o commerciale””.

Quindi, la Sezione ha dato mandato alla segreteria di provvedere ad oscurare “le sole parti che secondo le comprovate dichiarazioni della controinteressata costituiscono segreto tecnico o commerciale, prima di porre il documento telematicamente a disposizione dell’appellante e di tutti gli altri contraddittori”.

Con la successiva ordinanza n. 5620 del 30 luglio 2021, emessa all’esito della camera di consiglio del 29 luglio 2021, la Sezione si è pronunciata sull’opposizione proposta dalla appellante avverso il diniego opposto dalla segreteria all’istanza da essa presentata di rilascio dell’offerta tecnica di Adapta s.p.a., sulla scorta della dichiarazione di integrale segretazione resa da quest’ultima, fondata a sua volta sul rilievo che le informazioni in quella contenute, attinenti alle modalità operative ed alle relative tecnologie di supporto nella esecuzione delle prestazioni richieste dagli atti di gara, riguarderebbero soluzioni progettuali utilizzabili anche in altre analoghe procedure di gara, la cui conoscenza da parte di potenziali concorrenti operanti nello stesso segmento di mercati avrebbe avvantaggiato ingiustificatamente questi ultimi e non sarebbe stata indispensabile ai fini della tutela delle loro posizioni giuridiche.

La Sezione, con la citata ordinanza, ha accolto la suddetta opposizione sul rilievo che “il limite alla ostensibilità è subordinato all’allegazione di “motivata e comprovata dichiarazione”, mediante la quale si dimostri l’effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia (Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4724)” e che “il limite frapposto alla conoscibilità dell’offerta da parte della Adepta non appare corretto, essendo del tutto generico e corredato da una motivazione apparente, che si limita a richiamare non meglio chiarite ragioni di riservatezza industriale e commerciale. Le esigenze di segretezza tecnica o commerciale avrebbero

dovuto, quindi, essere fatte valere solo per le singole informazioni, da oscurare, sottoposte a tutela brevettuale o a privativa industriale o commerciale puntualmente e motivatamente indicate dalla stessa Adepta, che in questo caso si è invece limitata ad una generica dichiarazione riferita all'intera offerta tecnica, in tal modo, di fatto disattendendo l'ordine di questo giudice".

La Sezione ha quindi assegnato ad Adepta s.p.a. trenta giorni, decorrenti dalla notificazione o, se anteriore, dalla comunicazione in via amministrativa della suddetta ordinanza, per depositare agli atti di causa una relazione con l'individuazione motivata e puntuale delle parti dell'offerta tecnica da oscurare, di cui doveva essere depositata una copia con tali parti omissate, prescrivendo che, in caso di mancato adempimento nei termini indicati, si sarebbe provveduto all'integrale rilascio all'appellante della documentazione tecnica.

Infine, con la medesima ordinanza, la Sezione ha fissato una nuova camera di consiglio per la data odierna.

Va altresì evidenziato che in data 30 agosto 2021 la società Adapta s.p.a. ha dato riscontro alla suindicata ordinanza istruttoria, depositando agli atti del giudizio, in formato telematico, la documentazione relativa all'offerta tecnica da essa presentata ai fini della partecipazione alla gara de qua, corredata da una dichiarazione intesa ad affermare la presenza nel progetto tecnico da essa proposto di contenuti non divulgabili in quanto inerenti a "segreti tecnici e commerciali della Società la cui divulgazione comporterebbe per la stessa un grave danno e pregiudizio": contenuti – relativi al Paragrafo A.2.2.1 "Flusso biancheria piana", al Paragrafo D.3 "Proposta di un nuovo sistema di copertura del letto" ed all'Allegato 7 "Schede tecniche della biancheria piana alternativa alla tradizionale" – che hanno appunto costituito oggetto di contestuale oscuramento da parte della depositante.

Con i motivi aggiunti in appello, ex art. 104, comma 3, c.p.a., la parte appellante, oltre ad integrare il *thema decidendum* così come devoluto alla

cognizione di questa Sezione sulla scorta dei documenti esibiti dalla controinteressata, deduce, in primo luogo, che l'ordinanza collegiale n. 5620/2021 è stata solo parzialmente adempiuta e contesta le argomentazioni giustificative rese dalla Adapta s.p.a. a giustificazione della operata (parziale) segretezza.

La parte appellante, oltre ad evidenziare, sulla scorta della pertinente dottrina, che la brevettazione avente ad oggetto le invenzioni industriali «finisce con il renderle di pubblico dominio (art. 51 c.p.a.). Circostanza, quest'ultima, a sua volta funzionale alla realizzazione di ulteriori progressi della scienza e della tecnica» e dopo aver richiamato i requisiti che l'invenzione deve possedere per poter costituire oggetto di tutela brevettuale (sottolineando che, *ex art. 51*, comma 2, del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, «l'invenzione deve essere descritta in modo sufficientemente chiaro e completo perché ogni persona esperta del ramo possa attuarla e deve essere contraddistinta da un titolo corrispondente al suo oggetto»), allega che non si comprende, né viene spiegato da Adapta s.p.a., quale brevetto inibisca l'esame del par. A.2.2.1 “Flusso biancheria piana” e del par. D.3 “Proposta di nuovo sistema di copertura del letto”, né la suddetta società spiega perché mai nel par. A.2.2.1 “Flusso biancheria piana” e nel par. D.3 “Proposta di nuovo sistema di copertura del letto” sussistano «segreti tecnici e commerciali», invocati in modo del tutto generico.

Deduce altresì la parte appellante che, per quanto concerne l'Allegato 7 di Adapta s.p.a. (“Schede tecniche della biancheria piana alternativa alla tradizionale”), l'art. 51, co. 2, cit. imponeva la produzione in giudizio delle schede tecniche, atteso che «L'invenzione deve essere descritta in modo sufficientemente chiaro e completo perché ogni persona esperta del ramo possa attuarla ...», dovendosi «garantire nel contempo un'equa protezione al titolare ed una ragionevole sicurezza giuridica ai terzi» (art. 52, comma 3, c.p.i.).

Allega ancora la parte appellante che, ai sensi dell'art. 76, comma 1, lett. b), c.p.i. «Il brevetto è nullo: b) se, ai sensi dell'art. 51, l'invenzione non è descritta in modo sufficientemente chiaro e completo da consentire a persona esperta di attuarla», e chiede alla Sezione di compiere la relativa verifica, preventivamente acquisendo agli atti del giudizio tutta la documentazione depositata presso l'Ufficio Italiano brevetti e marchi, compresi i certificati di brevettazione, anche in considerazione del fatto che il brevetto dura 20 (venti) anni a decorrere dalla data di deposito della relativa domanda e non è rinnovabile (art. 60 c.p.i.), per cui, dopo la scadenza del termine ventennale, l'invenzione può essere liberamente sfruttata da chiunque.

Si oppongono alle deduzioni della parte appellante, come innanzi sintetizzate, le parti appellate.

Tanto premesso, deve preliminarmente ribadirsi che l'oggetto dell'odierno giudizio attiene – ed è limitato – alla verifica della conformità della dichiarazione relativa alla segretezza tecnica e commerciale di parte della sua offerta tecnica, depositata da Adapta s.p.a. in data 30 agosto 2021 in riscontro all'ordinanza della Sezione n. 5620/2021, ai requisiti di specificità e adeguatezza motivazionale ivi indicati, carenti – ad avviso della Sezione - nella dichiarazione all'uopo precedentemente resa dalla medesima società.

Deve altresì precisarsi che, alla luce del tenore motivazionale e dispositivo delle citate ordinanze, non viene in rilievo – né, quindi, richiede che il Collegio fornisca ad essa, in questa sede, una autonoma soluzione – la questione del rapporto (di bilanciamento) tra esigenza di riservatezza del concorrente, per quanto concerne le informazioni contenute nella relativa offerta tecnica che siano espressione della sua capacità ideativa ed organizzativa, ed interesse del richiedente l'accesso, con particolare riguardo alla sua eventuale inflessione difensiva *ex art. 53, comma 6, d.lvo n. 50/2016*: ciò in quanto, oltre a non aver costituito oggetto di specifiche deduzioni della parte appellante (che incentra le sue critiche nei confronti delle modalità con le quali la società controinteressata ha attuato la *disclosure* documentale,

oscurando due paragrafi del progetto tecnico da essa presentato in gara ed un allegato dello stesso, come più analiticamente si dirà infra, essenzialmente sostenendo l'insussistenza dei presupposti di segretezza atti a legittimare la parziale opposizione ostensiva da quella avanzata), il potere del giudice di cui le suddette ordinanze costituiscono espressione, esercitabile anche officiosamente *ex art. 65, comma 3, c.p.a.*, è principalmente orientato a garantire la completezza istruttoria del giudizio di merito, con particolare riguardo alla acquisizione al relativo compendio probatorio dei documenti di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a., e non – se non in via meramente mediata - a soddisfare l'interesse ostensivo di una delle parti del giudizio, in funzione della difesa in giudizio degli interessi di cui essa è soggettivamente portatrice.

A tale conclusione interpretativa, come si accennava, è dato pervenire, in primo luogo, alla luce del contenuto delle ordinanze della Sezione n. 3897/2021 e n. 5620/2021, essendosi statuito con la prima (cfr., *ex aliis*, par. 10.2), al fine di rimarcare il contesto in cui si collocava la decisione (ed, in particolare, l'estraneità allo stesso del tema dell'accesso difensivo), che “la circostanza che tali documenti siano stati oggetto di una preliminare richiesta di accesso, negata dall'amministrazione con provvedimento non opposto giudizialmente, non toglie che, una volta instaurato il giudizio: a) l'amministrazione abbia l'obbligo di depositare gli atti sulla base dei quali l'atto è stato emanato, e quelli in esso citati, ai sensi dell'art. 46 comma 2 c.p.a.; b) il giudice abbia il potere di acquisire d'ufficio gli atti ritenuti indispensabili ai fini del decidere (64 comma 3 c.p.a), finanche in grado di appello quando ciò non sia avvenuto in primo grado (art. 104 comma 2 c.p.a.)”, e, con la seconda, che “la rilevanza della conoscenza della offerta tecnica della Adepta al fine del decidere l'appello è stata già oggetto di valutazione da parte della Sezione, che ne ha disposto l'acquisizione nella sua integralità, salvo i limiti nell'ostensione alla appellante dettati da ragioni di segreto industriale e commerciale”: ciò a conferma del fatto che la sussistenza di ragioni di riservatezza aziendale “qualificata”, *sub specie* di “segreti tecnici o

commerciali” ex art. 53, comma 5, lett. a) d.lvo n. 50/2016, viene in rilievo nella specie non quale valore antagonista dell’interesse ostensivo di una delle parti del giudizio (che sarebbe stato compito dell’Amministrazione, in prima battuta, conciliare e contemperare con il primo), ma quale limite oggettivo alla divulgazione della documentazione meritevole di secretazione (limite valevole “in ogni forma”, come recita la disposizione citata, e quindi anche con riferimento ai documenti acquisiti in giudizio ex art. 46, comma 2, c.p.a.).

Così delineati l’oggetto e la cornice del presente giudizio, deve osservarsi, in via ugualmente preliminare, che la verifica – a questo Collegio, come si è detto, demandata – relativa alla sussistenza (*recte*, alla “motivata e comprovata” rappresentazione da parte del titolare dei dati) di segreti “tecnici o commerciali” implica un inevitabile margine di “affidamento” alla dichiarazione della parte interessata, cui spetta in via prioritaria apprezzare la relazione tra le informazioni riservate ed il suo specifico *background* esperienziale e ideativo: dichiarazione che non si sottrae, comunque, al sindacato del giudice amministrativo, inteso ad accertarne l’attendibilità, anche sulla scorta delle deduzioni della parte interessata ad ottenere la più ampia disponibilità di quelle informazioni, e rafforzato dall’accesso diretto alle stesse (solo) da parte del giudice, che consente ad esso di valutarne l’effettiva riconducibilità al patrimonio tecnico e commerciale esclusivo dell’impresa cui ineriscono.

Né può omettersi di osservare che il sindacato del giudice amministrativo *in subiecta materia* si alimenta di tutti gli elementi utili al suo giudizio, sia intrinseci alle informazioni asseritamente riservate, sia estrinseci alle stesse, come la sede in cui la parte interessata al mantenimento del segreto ha manifestato le sottostanti ragioni giustificative: sì che, da questo punto di vista, si rivela utile, sebbene non quale pre-condizione per l’opposizione del segreto ma quale criterio di valutazione della sua meritevolezza, la formulazione della relativa dichiarazione già nel contesto dell’offerta o successivamente (aspetto che, per una parte della giurisprudenza, incide

invece sullo stesso an del regime di segretezza, laddove si afferma, con riferimento al tema dell'accesso, che esso "può essere escluso sempre che il concorrente, in sede di offerta, dichiara preventivamente che talune informazioni fornite nell'ambito dell'offerta costituiscono segreti tecnici e commerciali; con la conseguenza che tale indicazione, costituendo specifico onere per il concorrente che intenda mantenere riservate e sottratte all'accesso tali parti della propria offerta, non può invece rappresentare, sul piano della ragionevolezza interpretativa, un impedimento frapposto ex post dall'aggiudicatario, a tutela della posizione conseguita, nei confronti dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale da parte degli altri concorrenti": cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4220 del 1° luglio 2020).

Deve infine osservarsi che, inerendo l'indagine ai limiti del potere acquisitivo del giudice (ed alle condizioni da osservare al fine di conciliare le esigenze di completezza istruttoria del giudizio, tutela del contraddittorio e parità tra le parti con la salvaguardia delle informazioni oggetto di segreto), essa deve ritenersi affrancata dagli stringenti vincoli immanenti al principio dispositivo, con la conseguente possibilità di attingere ad argomenti ed elementi non dedotti dalle parti (ed in particolare da quella interessata alla conoscenza della documentazione tecnica della aggiudicataria).

Ebbene, applicando le coordinate interpretative così sommariamente illustrate alla fattispecie oggetto di giudizio, deve osservarsi che la sussistenza del segreto viene opposta dalla Adapta s.p.a. con precipuo riferimento ai paragrafi A.2.2.1 e D.3, nonché all'allegato 7, del progetto tecnico da essa presentato in sede di partecipazione alla gara de qua, concernenti il "sistema letto alternativo" rispetto a quello tradizionale, il relativo processo di lavorazione (*recte*, "processo industriale di ripristino igienico dei capi") e le caratteristiche tecniche della biancheria piana all'uopo utilizzata.

Come già nell'ambito dei paragrafi suindicati, inoltre, le ragioni del segreto vengono fondate dalla parte opponente, con la dichiarazione depositata in data 30 agosto 2021, sulla copertura brevettuale delle fasi di lavorazione del

suddetto sistema, trattandosi di “processi industriali sviluppati dalla nostra Divisione Ricerca e Sviluppo”.

Ebbene, a prescindere dalla imprecisione inficiante la dichiarazione sui segreti tecnici e commerciali del 30 agosto 2021 – con la quale si afferma che i processi industriali di cui si vuole salvaguardare la segretezza sono “espressamente protetti da nr. 2 brevetti industriali i cui estremi identificativi sono riportati più volte nelle parti omissate dell’offerta”, laddove questa fa riferimento ad un solo, sebbene in parte occultato, numero identificativo e, quindi, ad un solo brevetto – deve osservarsi che non vi sono ragionevoli motivi per dubitare della effettiva inerenza delle informazioni *de quibus* al *know how* industriale della società Adapta.

Militano in tal senso, da un parte, la tempestiva deduzione del carattere riservato di quelle informazioni già in sede di offerta, dall’altro lato, il dichiarato carattere sperimentale del suddetto processo di lavorazione, indice univoco della sua derivazione dall’attività di ricerca ed elaborazione industriale propria della suddetta società.

Né il contenuto della dichiarazione di secretazione potrebbe essere tacciato di eccessiva genericità, sia perché dichiarazioni analogamente formulate sono state ritenute esaustive dalla giurisprudenza (si veda la citata sentenza n. 4220/2020, con riferimento ad una dichiarazione che fondava il carattere segreto di talune parti dell’offerta tecnica sulla loro inerenza a “dati, profili e informazioni costituenti "il valore aggiunto che la società garantisce rispetto al servizio ordinario" e alle "richieste minime della Stazione appaltante e previste nei documenti di gara", la cui "diffusione o parziale divulgazione causerebbe un danno grave alla società in termini di perdita di competitività sul mercato"), sia perché, nella specie, la dichiarazione di cui si tratta è specificata – ciò che agevola e consente di rendere più penetrante e “mirato” anche il sindacato giurisdizionale – in relazione alla copertura brevettuale delle informazioni secretate.

Ciò che invece assume rilievo decisivo in senso favorevole alla parte appellante, ad avviso del Collegio, è il fatto che, nella formulazione dell'offerta tecnica, la società Adapta s.p.a. risulta aver già adottato le misure atte a salvaguardare i contenuti intrinseci dei predicati segreti tecnici e commerciali, affermandosi in essa che “le fasi di lavorazione del sistema letto alternativo proposto, essendo coperte da brevetto industriale, non possono essere illustrate nel dettaglio. Quello che riteniamo utile fornire in questa sede, quindi, sono delle indicazioni di massima che consentono di rilevare i macro processi ed il livello di servizio offerto” (cfr., in particolare, il par. A.2.2.1 del progetto tecnico) e che “la nostra azienda è disponibile ad illustrare, in forma strettamente riservata, il progetto brevettato per esplicitare i meccanismi di processo ed i vantaggi da esso derivanti” (cfr. il par. D.3 del medesimo progetto tecnico).

Tale rilievo induce ad escludere che l'esibizione (anche alle altre parti) dei paragrafi oggetto di secretazione ad opera della società Adapta metta significativamente a repentaglio, nel suo nucleo essenziale, il segreto industriale della stessa: con la conseguenza che, relativamente ai suddetti paragrafi, la segreteria potrà mettere a disposizione delle parti, in forma telematica, le corrispondenti pagine del progetto tecnico della suddetta società.

Diverse, anche se conducenti nella medesima direzione ostensiva, sono le ragioni che inducono ad accogliere l'istanza istruttoria della parte appellante in relazione all'allegato 7 del medesimo progetto tecnico.

Premesso che esso reca le schede tecniche degli “effetti letterecchi” necessari alla realizzazione del sistema alternativo di copertura dei letti di degenza, proposto dalla società aggiudicataria, è sufficiente osservare, al fine di escludere che le stesse contengano informazioni inerenti a processi produttivi “endogeni” al sistema organizzativo della società Adapta e meritevoli, in quanto tali, della protezione funzionale ad impedirne la “dispersione” conoscitiva a vantaggio di altri operatori del settore, che non hanno sostenuto

analogo sforzo (anche economico) di ricerca e sperimentazione, che i capi di biancheria piana in questione sono prodotti e distribuiti da un soggetto imprenditoriale diverso (la società canadese MIP inc.) dalla società aggiudicataria, con la conseguenza che le relative informazioni tecniche non possono ritenersi esclusiva (quanto a disponibilità) della stessa né frutto (quanto a ideazione e realizzazione) dello sforzo produttivo da essa posto in essere.

A tanto deve aggiungersi che le schede tecniche in questione, riguardando i prodotti destinati ad essere utilizzati in ambiente ospedaliero per la predisposizione dei letti di degenza, non possono ritenersi intrinsecamente deputati alla conservazione di dati riservati, essendo le relative caratteristiche tecniche, formalmente descritte nelle schede tecniche ma “materializzate” nei capi di biancheria, per definizione conoscibili da terzi (compresi, in via eventualmente mediata, gli esperti del settore).

Consegue, dai rilievi che precedono, che anche il suddetto allegato dovrà essere messo integralmente a disposizione, in forma telematica, delle parti che ne faranno richiesta.

Non possono invece essere accolte le richieste della parte appellante di acquisizione dei dati e della documentazione inerenti ai brevetti (*recte*, come si è detto, al brevetto) invocato dalla società Adapta, al fine di consentire a questo giudice di sindacarne incidentalmente la validità, sia perché gli stessi non appartengono all’ambito degli “atti e documenti in base ai quali l’atto è stato emanato, di quelli in esso citati e di quelli che l’amministrazione ritiene utili al giudizio” *ex art. 46, comma 2, c.p.a.*, cui come si è detto è circoscritto l’ordine acquisitivo emanato dalla Sezione con l’ordinanza n. 3897/2021 e precisato con l’ordinanza n. 5620/2021, sia perché sono estranei all’ambito istruttorio dal quale è scaturito il provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado, al quale, come già rilevato, è circoscritta la portata dell’ordine istruttorio impartito dalla Sezione con la medesima ordinanza (laddove chiarisce che “l’offerta tecnica presentata da Adapta s.p.a. costituisce

documento essenziale sul quale basa il provvedimento di aggiudicazione impugnato, rilevante ai sensi dell'art. 46 comma 2 c.p.a. Non si tratta dunque di acquisire documenti estranei al procedimento, o in possesso di altre amministrazioni o di terzi, quanto di documenti detenuti dall'amministrazione, afferenti il procedimento che ha condotto all'atto impugnato e oggetto di valutazioni istruttorie rilevanti ai fini del tenore finale dello stesso, necessari ai fini del giudizio”).

Nei sensi innanzi precisato, quindi, la richiesta istruttoria formulata dalla parte appellante con i motivi aggiunti depositati in data 28 settembre 2021 deve essere accolta.

La società Adapta s.p.a. deve essere condannata alla refusione delle spese del presente fase di giudizio a favore della appellante, nella complessiva misura di € 1.500,00, oltre oneri di legge, mentre sussistono giustificate ragioni per compensarle nei confronti della stazione appaltante, essendo il parziale oscuramento stigmatizzato dalla appellante riconducibile alle scelte della sola aggiudicataria.

Non sussistono invece i presupposti per condannare la società aggiudicataria ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., come richiesto dalla parte appellante, non essendo ravvisabile il carattere temerario della sua attività di resistenza all'accoglimento della domanda attorea, avendo essa ritenuto di agire – in un contesto in cui il limite tra dati ostensibili e dati segreti non era immediatamente identificabile – a tutela della propria sfera di riservatezza tecnica e commerciale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie, nei sensi precisati in motivazione, l'istanza istruttoria formulata dalla parte appellante con i motivi aggiunti depositati in data 28 settembre 2021.

Condanna la società Adapta s.p.a. alla refusione delle spese del presente fase di giudizio a favore della appellante, nella complessiva misura di € 1.500,00,

oltre oneri di legge, mentre le compensa nei confronti della Fondazione I.R.C.C.S. Istituto Neurologico Carlo Besta.

Respinge la domanda di condanna della società Adapta s.p.a. ai sensi dell'art. 26, comma 2, c.p.a..

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO