

Pubblicato il 01/07/2021

N. 00204/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00186/2021 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 186 del 2021, proposto da

Sicuritalia Ivri S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beatrice Croppo, Marina Pisani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Vedetta 2 Mondialpol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Paparella, Antonio Pagliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sorveglianza Diurna e Notturna Soc. Coop. A R.L., Gsa - Gruppo Servizi Associati S.P.A, Stabilimento Triestino di Sorveglianza e Chiusura S.r.l. non costituiti in giudizio;

Corpo Vigili Notturni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avvocato Luca De Pauli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Udine, via Vittorio Veneto 39;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

del decreto n. 1506 del 19 maggio 2021, con il quale il Direttore del Servizio Centrale Unica di Committenza e provveditorato della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia ha aggiudicato al raggruppamento odierno controinteressato il Lotto n. 1 della “gara europea a procedura aperta per la stipula di Convenzioni aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, portierato e altri servizi a favore di Amministrazioni della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia”;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Friuli-Venezia Giulia, di Vedetta 2 Mondialpol S.p.A. e di Corpo Vigili Nottturni S.r.l.;

Visto l'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.;

Visti l'art. 6, comma 1, del d.l. 1° aprile 2021, n. 44 (convertito con l. 28 maggio 2021, n. 76), l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (convertito con l. legge 18 dicembre 2020, n. 176) e l'art. 4, comma 1, periodi quarto e seguenti del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70);

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1° luglio 2021, tenutasi da remoto attraverso la piattaforma *Microsoft Teams* il dott. Luca Emanuele Ricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Sicuritalia Ivri s.p.a. domanda l'annullamento del provvedimento che ha aggiudicato ad altro operatore il Lotto n. 1 della “gara europea a procedura aperta per la stipula di Convenzioni aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, portierato e altri servizi a favore di Amministrazioni della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia”.

2. Contestualmente al ricorso, ai sensi dell'art. 116, comma 2 c.p.a., la ricorrente ha domandato l'esibizione in forma integrale dell'offerta tecnica e dei giustificativi presentati dall'odierna controinteressata, che sono stati forniti dall'amministrazione solo parzialmente (con ampie parti oscure).

2.1. A tale proposito, la ricorrente deduce l'illegittimità delle determinazioni dell'amministrazione sull'istanza di esibizione, per *“violazione dell'articolo 15.3.1, n. 3 del disciplinare, nonché dell'articolo 53, comma. 6, d.lgs. 50/2016, dell'articolo 24, comma 7, l. 241/1990, dell'articolo 24 cost. – eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione e sviamento dell'azione amministrativa”*, evidenziando:

- che l'offerta tecnica e i giustificativi sulla congruità dei costi della manodopera dichiarati dal R.T.I. aggiudicatario sono stati quasi completamente oscurati dalla stazione appaltante tramite l'apposizione di *omissis*, risultando compromesso il diritto di difesa della ricorrente;
- che tale oscuramento è motivato da non specificate esigenze di riservatezza, espresse dalle *“dichiarazioni prodotte dal concorrente nella sezione Busta Tecnica e nell'ulteriore corrispondenza intercorsa sul punto con l'operatore economico”*;
- che tali dichiarazioni non contengono alcun puntuale riferimento a specifici segreti tecnici o commerciali da preservare e risultano quindi difformi dalle previsioni di all'art. 15.3.1, n. 8 del Disciplinare, secondo cui l'eventuale diniego opposto dal concorrente all'accesso deve fondarsi su una dichiarazione *“adeguatamente motivata e comprovata ai sensi dell'articolo 53 comma 5, lett. a) del Codice”*;
- che in ogni caso, dovrebbe riconoscersi prevalenza del diritto d'accesso su ogni altra ipotetica esigenza di tutela del segreto, specie qualora – come nel caso di specie – sussista un nesso di *“stretta indispensabilità”* tra la documentazione richiesta e l'azione giudiziaria intrapresa (*Cons. Stato, Sez. V, 14 agosto 2020, n. 5036; Id., 22 settembre 2017 n. 4440*);

3. Il controinteressato eccepisce la natura meramente esplorativa dell'istanza di accesso presentata da Securitalia e la sua inidoneità a superare l'espressa

opposizione formulata. Infatti, l'istanza risulta presentata al mero fine di valutare una possibile difesa dei propri interessi in sede giudiziaria ma non dimostra l'indispensabilità della documentazione richiesta, come richiesto dall'art. 53, comma 6 del Codice dei contratti pubblici.

4. La Regione afferma di aver applicato l'art. 53, comma 5, lett. a) del Codice, che esclude dall'accesso quella parte dell'offerta e delle giustificazioni dell'anomalia riguardanti le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o gestionali proprie dell'impresa in gara (c.d. *know how*).

4.1. In conformità a tale disposizione, e vista l'opposizione all'accesso già espressa dal R.T.I. Vedetta 2 in sede di presentazione dell'offerta, la Regione ha ritenuto di interpellare nuovamente l'operatore controinteressato, chiedendo di individuare nello specifico i paragrafi dell'offerta tecnica e delle giustificazioni da secretare. Al contempo, l'amministrazione ha invitato l'odierno ricorrente a meglio circostanziare le proprie ragioni ostensive e la loro strumentalità alle esigenze di difesa in giudizio.

4.2. All'esito di tali integrazioni, la Regione ha giudicato prevalente l'interesse alla segretezza espresso dal controinteressato. L'accesso è stato quindi accordato con riguardo ai soli verbali di gara e all'offerta economica del RTI Vedetta 2, mentre con riguardo all'offerta tecnica e alle giustificazioni sono state disposti i richiesti oscuramenti.

5. Nella camera di consiglio del 01.07.2021 è giunta in discussione la domanda cautelare, unitariamente riferita, nel ricorso, sia all'istanza di accesso che al merito del giudizio. Con la presente ordinanza, il Tribunale intende definire integralmente l'istanza *ex art.* 116, comma 2 c.p.a., avendo già rinviato alla camera di consiglio del 14.07.2021 la definizione della domanda cautelare relativa al merito.

5.1. Il Tribunale ritiene l'istanza di accesso meritevole di integrale accoglimento.

6. Sicuritalia ha presentato istanza di accesso c.d. difensivo. Tale tipologia di accesso, come riconosciuto da *Cons. Stato, A.P., 25 settembre 2020, n. 19*, è

costruita come una fattispecie ostensiva autonoma, la cui vis espansiva è in grado di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi.

6.1. Nel settore dei contratti pubblici, l'art. 53, comma 5, lett. a) del Codice (d.lgs. 50 del 2016) esclude 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”*. La ratio della disposizione è evidentemente quella di tutelare la segretezza di dati aventi specifico valore concorrenziale, non potendo ritenersi che la partecipazione ad una gara implichi una scelta (o un'accettazione del rischio) nel senso della loro eventuale divulgazione (*Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 6*). Al contempo, nel richiedere che la natura segreta delle informazioni sia *“motivata e comprovata”*, il legislatore vuole impedire la proposizione di opposizioni all'accesso pretestuose, che abbiano il solo fine di ostacolare, attraverso la sottrazione di atti della procedura alla conoscenza di altri concorrenti, la loro difesa in giudizio.

6.2. L'esclusione dall'accesso nella materia *de qua* rappresenta una particolare declinazione della generale tutela che l'ordinamento (e in particolare il Codice della proprietà industriale, d.lgs. 30 del 2005) riconosce ai segreti tecnici o commerciali, impedendone la divulgazione e l'utilizzazione (art. 99 CPI). Che cosa sia un *“segreto tecnico o commerciale”* è esattamente definito dal CPI e a tale nozione tecnico-giuridica, di valenza trasversale nell'ordinamento, è necessario riferirsi anche in questa sede (cfr. *Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n. 7743*).

6.3. Secondo l'art. 98 del CPI, *“per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano*

valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete”.

6.4. Con *“motivata e comprovata dichiarazione”* l’operatore avrebbe dunque dovuto dare atto della presenza, in determinate parti della propria offerta, di informazioni aventi le caratteristiche di cui alla disposizione citata, che sole (e nella loro ricorrenza congiunta) giustificano il regime di tutela.

6.5. Vedetta 2, nel precisare le parti dell’offerta tecnica che intende escludere dall’ostensione, si è limitato a qualificare le informazioni ivi rappresentate quali *“beni essenziali per lo sviluppo e per la stessa competizione qualitativa ... prodotto patrimoniale della capacità ideativa o acquisitiva del RTI, frutto di investimenti e continue ricerche atte a perfezionare i servizi di vigilanza offerti”*. Quanto alle giustificazioni sull’offerta economica, ha motivato il diniego affermando di ritenere *“parte integrante”* del proprio *know how* anche *“la capacità di formulare con metodo una migliore offerta”*. Tale dichiarazione risulta generica, apodittica, assolutamente inidonea a giustificare l’esclusione dell’accesso ai sensi dell’art. 53, comma 5, lett. a), dovendosi altresì rilevare che le informazioni asseritamente segrete non sono state nemmeno identificate in modo compiuto e specifico.

6.6. In definitiva, è oggetto di tutela, anche sotto forma di limitazione al diritto di accesso nelle gare pubbliche, solo l’informazione precisamente individuata, che sia suscettibile di sfruttamento economico (in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all’operatore nel mercato di riferimento) e presenti effettivi e comprovabili caratteri di segretezza oggettiva (non conoscenza o facile accessibilità da parte di altri operatori del settore) e soggettiva (protezione mediante misure organizzative o tecnologiche, o accordi contrattuali), non certo ogni forma di *“personalizzazione”* od *“ottimizzazione”* del servizio offerto, che derivi dall’esperienza acquisita nel settore. È agli specifici caratteri di cui all’art. 98 CPI, dunque, 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 nelle peculiarità dell'offerta. È naturale, del resto, che ogni organizzazione imprenditoriale acquisisca e sviluppi nel tempo uno specifico *know how* e al contempo cerchi di imprimere specifiche caratteristiche alla prestazione fornita, anche per differenziarsi dai *competitors*, ma ciò nulla ha a che vedere con la precisa nozione di segreto tutelabile, di cui alla normativa sulla proprietà industriale.

7. A fronte dell'inopponibilità del limite di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) del Codice, l'accesso ai documenti richiesti dovrebbe essere in ogni caso garantito, essendo acclarata la sussistenza di una posizione legittimante (quale partecipante alla gara e secondo classificato, a seguito dell'esclusione del Consorzio Leonardo) in capo a Sicuritalia. Risulta pertanto superfluo l'esame dei profili relativi al nesso di strumentalità esistente tra i documenti richiesti da Sicuritalia e le sue esigenze difensive, la cui ricorrenza determinerebbe in ogni caso, ai sensi dell'art. 53, comma 6, la prevalenza dell'istanza di accesso sull'eventuale segreto commerciale.

7.1. Tale nesso appare comunque sussistente. La necessità di compiere un controllo rigoroso circa l'esistenza del nesso di strumentalità (o, in certi casi, indispensabilità) ai fini della decisione sull'accesso difensivo è stata di recente ribadita da *Cons. Stato, A.P., 18 marzo 2021, n. 4*. La valutazione rimessa al giudice dell'accesso riguarda, però, il collegamento tra gli atti richiesti e gli obiettivi difensivi (*"l'ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa l'appena descritto nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa"*), ma non impone certo di valutare in concreto la possibile influenza o decisività del documento richiesto, che attiene al diverso piano del merito della pretesa sostanziale.

7.2. È evidente nel caso di specie la strumentalità tra i documenti richiesti (l'offerta del R.T.I. e le sue giustificazioni) e la situazione finale controversa (l'aggiudicazione), nell'ambito del giudizio già instaurato. L'offerta del controinteressato, solo parzialmente ostesa, non costituisce una mera fonte di prova, bensì l'oggetto stesso – benché in forma mediata – del presente

giudizio. Pertanto, la sottrazione alla conoscenza del ricorrente di buona parte del suo contenuto ostacola la formulazione di qualsiasi censura che abbia ad oggetto l'attribuzione del punteggio tecnico da parte della stazione appaltante o il giudizio di congruità dell'offerta economica.

7.3. A fronte di una sottrazione all'accesso così ampia e indiscriminata, relativa ad ampie parti del progetto, (talora corrispondenti ad intere categorie e parametri oggetto di specifica valutazione ai sensi dell'art. 18.1 del Disciplinare) e alla quasi totalità delle giustificazioni, risulterebbe peraltro difficile sottoporre l'istanza ad un vaglio di stretta pertinenza rispetto a specifici motivi di illegittimità (vaglio che rischierebbe peraltro di sconfinare in quegli apprezzamenti "di merito" espressamente esclusi da *Cons. Stato, A.P., 18 marzo 2021, n. 4*), i quali potrebbero emergere proprio dall'esame delle parti oscurate e non essere altrimenti ipotizzabili.

7.4. Per quanto possibile, il ricorrente ha comunque circostanziato adeguatamente il proprio interesse (con l'integrazione del 04.06.2021) rilevando come l'accesso debba dirsi strumentale alla verifica dei punteggi ottenuti, allo stato non intellegibili perché *"caratterizzati dall'assenza di specifici supporti motivazionali, in ragione dell'applicazione del metodo del c.d. 'confronto a coppie'"*.

8. Per le ragioni esposte, deve essere accolta l'istanza presentata da Sicuritalia ai sensi dell'art. 116, comma 2 del c.p.a., ordinando conseguentemente alla stazione appaltante di esibire l'offerta tecnica e le giustificazioni del RTI Vedetta 2 in forma integrale.

8.1. Ogni statuizione sulle spese è rimessa al prosieguo del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia (Sezione Prima), ordina all'amministrazione l'esibizione dei documenti richiesti, entro e non oltre il giorno 03.07.2021.

Ordina alla segreteria della Sezione di provvedere alla comunicazione della presente ordinanza.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 1° luglio 2021, tenutasi da remoto attraverso la piattaforma *Microsoft Teams*, con l'intervento dei magistrati

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Luca Emanuele Ricci, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Emanuele Ricci

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO