

APPALTI: Settori speciali - Poste italiane - Offerta al pubblico di servizi postali - Sede mandataria del soggetto abilitato all'offerta al pubblico di servizi postali - Delibera AGCOM n. 129/15/Cons.

- in *Il Foro amministrativo*, 5, 2021, pag. 837 e ss.

Tar Lazio - Roma, Sez. III ter, 12 maggio 2021, n. 5630

“[...] Affinché una sede possa considerarsi mandataria del soggetto abilitato, e dunque, nelle condizioni di poter operare sine titulo, è innanzitutto necessario che la stessa sia giuridicamente appartenente ad altro soggetto che agisca in nome e per conto dell'operatore postale.

In secondo luogo è necessario che il soggetto autorizzato, all'atto della richiesta del titolo o anche successivamente, comunichi al Ministero dello Sviluppo Economico l'elenco delle sue sedi mandatarie, indicandone la denominazione e l'ambito geografico di operatività (art. 5, comma 8, lett. e 10, comma 8, lett. e, Regolamento) [...]”.

[...] la comunicazione delle sedi mandatarie costituisca un preciso obbligo informativo posto all'art. 5, comma 8, lett. e, e all'art. 10, comma 8, lett. e, Regolamento, avente ad oggetto un elemento essenziale del servizio postale (le sedi dell'operatore) la cui conoscenza è necessaria al fine di contrastare l'esercizio abusivo del servizio nonché ai fini contributivi, in quanto il numero delle sedi incide sulla misura del contributo annuale dovuto dall'operatore postale al MISE.

In conclusione, l'attività postale deve essere svolta da un soggetto abilitato essendo consentito, solo in via eccezionale, lo svolgimento della stessa da parte di un soggetto privo del necessario titolo abilitativo laddove: a) questi operi in nome e per conto del soggetto abilitato attraverso “sedi mandatarie” e b) sia altresì oggetto di apposita dichiarazione al MISE, condizioni, entrambe, che non ricorrono nella fattispecie in esame [...]”.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 26 febbraio 2018 e depositato il successivo 12 marzo, la società Kipoint ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l'annullamento della delibera Agcom del 5 dicembre 2017 con la quale sono state lei irrogate le sanzioni amministrative pecuniarie, per un complessivo ammontare pari a € 100.000, per la violazione degli obblighi inerenti all'autorizzazione generale per l'offerta al pubblico dei servizi postali.

2. La ricorrente espone in fatto di essere una società per azioni il cui capitale è interamente posseduto da SDA Express, e di non essere titolare di alcuna autorizzazione generale per lo svolgimento di servizi postali.

SDA Express, è a sua volta società per azioni partecipata da Poste italiane che svolge il servizio di corriere espresso, per il quale è invece titolare di autorizzazione generale.

Kipoint, a decorrere dal 5 agosto 2017, è stata eletta da SDA Express quale sede mandataria per lo svolgimento dei servizi di raccolta e ritiro degli invii postali.

Le attività che Kipoint svolge in qualità di sede mandataria di SDA sono indicate e regolate da specifici accordi commerciali, allegati in atti.

In particolare, dall'accordo di collaborazione commerciale stipulato tra SDA Express Courier s.p.a. e Kipoint s.p.a. si evince espressamente che:

- *“la rete di franchising Kipoint offre al pubblico, attraverso negozi al dettaglio, molteplici servizi e prodotti tra i quali in via esemplificativa e non esaustiva quelli di: servizi di corriere espresso nazionale ed internazionale, gestione documentale e di comunicazione in genere”;*

- oggetto dell'accordo è l'erogazione, da parte dei punti vendita della rete Kipoint, dei servizi di accettazione e consegna di spedizioni provenienti da o indirizzate a clienti della stessa SDA, restando esclusa ogni attività di trasporto.

Per l'erogazione di tali servizi, Kipoint si avvale di una rete di operatori in franchising: anche questi svolgono attività di accettazione e ritiro delle spedizioni, in nome e per conto di SDA Express, operando quali sedi mandatarie di quest'ultima.

In data 19 luglio 2017 l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha trasmesso alla ricorrente un atto di contestazione degli addebiti per violazione dell'art. 6, d. lgs. n. 261/99 e dell'art. 8 del Regolamento in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali approvato con la delibera n. 129/15/Cons.

L'Autorità ha ritenuto, infatti, che le attività poste in essere da Kipoint rientrino nella definizione di “raccolta” ai sensi dell'art. 1 e dell'art. 6, d.lgs. n. 261/99, come tali costituenti parte integrante di una fase del servizio postale.

Ha quindi contestato a Kipoint di aver svolto un'attività postale, e segnatamente la fase di raccolta del servizio di corriere espresso, in assenza del necessario titolo abilitativo (autorizzazione generale) e di aver svolto tale servizio attraverso una rete costituita da 72 società affiliate, anche esse non munite di autorizzazione regionale.

L'Autorità ha considerato Kipoint responsabile anche per le attività poste in essere dagli affiliati in quanto ha ritenuto che Kipoint fosse titolare di un potere di direzione e controllo, tipico della capogruppo, nei confronti delle imprese affiliate.

L'Autorità ha invitato Kipoint a versare entro 60 giorni la sanzione ridotta di un terzo pari a € 10.000 “per aver svolto Kipoint S.p.A. attività postale in assenza del necessario titolo abilitativo, in violazione dell'art. 6 del d.lgs. 261/99 e dell'art. 8 del “Regolamento in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali” ed € 10.000 “per ognuna delle diciassette Regioni

all'interno della quale operano le Società affiliate in assenza di titolo abilitativo per l'offerta al pubblico di servizi postali, in violazione dell'art. 6 del d.lgs. 261/99 dell'art. 8 del "Regolamento in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali".

La ricorrente non ha corrisposto la sanzione in misura ridotta, e in data 4 agosto 2017 ha inviato una memoria difensiva, con la quale si è opposta a tutte le contestazioni mosse sostenendo:

- a) di svolgere esclusivamente le attività di accettazione e ritiro degli invii postali in nome e per conto di SDA;
- b) che le attività di accettazione e di ritiro degli invii postali non sono attività che rientrano nella definizione di servizio postale ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 261/99 e che, dunque, possono essere svolte in assenza di autorizzazione generale;
- c) che secondo quel che espressamente ha previsto la delibera n. 129/15/CE (punti da 160 a 172) le attività di accettazione e di ritiro degli invii postali possono essere svolte, senza essere in possesso dell'autorizzazione generale, nella veste di mandatari di operatori postali abilitati;
- d) di non poter essere chiamata a rispondere dei comportamenti posti in essere dai propri affiliati essendo essi giuridicamente autonomi e indipendenti rispetto a Kipoint;
- e) di non aver posto in essere alcun comportamento doloso o colposo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 689/81.

Pur tuttavia, con atto del 5 dicembre 2017, l'AGCOM ha emesso la definitiva ordinanza ingiunzione, ordinando a Kipoint il pagamento della somma complessiva di € 100.000, pari alla somma di due sanzioni:

- 1) la sanzione di € 15.000 *"per aver svolto Kipoint S.p.A. attività postale in assenza del necessario titolo abilitativo, in violazione dell'art. 6 del d.lgs. 261/99 e dell'art. 8 del "Regolamento in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali"*;
- 2) la sanzione di € 5.000 *"per ognuna delle diciassette Regioni all'interno della quale operano le Società affiliate in assenza di titolo abilitativo per l'offerta al pubblico di servizi postali, in violazione dell'art. 6 del d.lgs. 261/99 dell'art. 8 del "Regolamento in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali"*.

3. Il gravato provvedimento è contestato per i seguenti motivi di diritto che possono essere così dettagliati:

I e II. Violazione del par. 160 della delibera n. 129/15/Cons secondo cui *"le sedi giuridicamente appartenenti ad un altro soggetto possono operare sine titulo purché, dal punto di vista regolamentare, siano riconducibili al soggetto abilitato"*, per cui avrebbe errato l'AGCOM a

ritenere necessario il possesso del titolo abilitativo in capo a Kipoint e ai suoi affiliati operando, gli stessi, quali sedi mandatarie di SDA.

III e IV. Violazione dell'art. 1, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 261/99, dell'art. 1, comma 1, direttiva 97/67/CE nonché della delibera 129/15/Cons., in quanto l'attività svolta da Kipoint di mera accettazione e ritiro degli invii postali non può essere considerata una fase del servizio postale. Il fornitore del servizio postale non sarebbe la ricorrente ma unicamente SDA.

In subordine, la ricorrente chiede di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale:

“Dica la Corte se il diritto dell’Unione Europea, in particolare il considerando n. 22 e gli articoli 9 e 2 della direttiva 97/67/CE, come integrata e modificata dalla direttiva 2008/6/CE, ostino all’applicazione di una norma nazionale, e segnatamente degli articoli 1 e 6 del d. lvo 261/99, anche in relazione a quanto previsto nel “Regolamento in materia di titoli abilitativi per l’offerta al pubblico di servizi postali” di cui all’Allegato A alla delibera 129/15/Cons e dal “Disciplinare delle procedure per il rilascio dei titoli abilitativi per l’offerta al pubblico dei servizi postali” di cui al D.M. del 29 luglio 2015, che assoggetti ad autorizzazione generale la fase di sola accettazione e di ritiro degli invii postali nell’ambito del servizio di corriere espresso”.

V e VI. Il provvedimento sarebbe altresì illegittimo, secondo la ricorrente, nella parte in cui l'Agcom ha deciso di sanzionare Kipoint per l'asserita mancanza del titolo abilitativo anche in capo agli affiliati sulla base dell'erroneo convincimento che, la rete di Kipoint non si risolve nella mera affiliazione commerciale, ma che, al contrario, la stessa sia *“caratterizzata dall’esercizio concreto di una direzione unitaria da parte di Kipoint, con potere di ingerenza e di decisione su tutti gli aspetti essenziali della gestione dell’impresa da parte degli altri soggetti affiliati”.*

VII. Violazione degli artt. 3 e 5, delibera 410/14/Cons, dell'art. 14, l. 689/81 e degli artt. 1 e 2, l. 241/90 in quanto l'attività preistruttoria ha avuto una durata superiore al termine di 90 giorni decorrente dal momento in cui l'Autorità ha avuto notizia del fatto o del comportamento rilevante.

VIII. Violazione dell'art. 3, l. n. 689/1981, poiché la condotta della Società non sarebbe qualificabile come colposa, in quanto Kipoint avrebbe fatto affidamento sulla normativa prevista dall'Autorità secondo cui sarebbe competenza del soggetto abilitato comunicare al MISE l'elenco aggiornato delle sedi mandatarie.

IX. Il provvedimento sarebbe altresì illegittimo per disparità di trattamento e irragionevolezza rispetto ad un caso analogo in cui un soggetto (Amazon) che, pur operando per il tramite dei propri affiliati, diversamente da quanto avvenuto per Kipoint, non sarebbe stato destinatario di alcuna sanzione da parte dell'AGCOM.

X. Violazione della legge 689/81 e delle disposizioni dell'Allegato A alla delibera 265/15/Cons., irragionevolezza e difetto di motivazione, in quanto l'Autorità nel determinare l'importo della sanzione non avrebbe tenuto conto della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'agente, della personalità dell'agente, e delle sue condizioni economiche.

XI. Infine, l'Autorità avrebbe applicato in modo illegittimo il criterio del cumulo giuridico delle sanzioni previsto dall'art. 8, l. n. 689/1981.

4. Si sono costituiti in giudizio l'AGCOM unitamente al Ministero dello Sviluppo Economico contestando, nel merito, la fondatezza del gravame.

5. Alla pubblica udienza del 3 febbraio 2021 la causa è passata, infine, in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

Con i primi due motivi di ricorso Kipoint sostiene l'illegittimità della delibera dell'Autorità nella parte in cui ha ritenuto sanzionabile la società ricorrente per l'esercizio di attività inerente al servizio postale in assenza del titolo abilitativo richiesto, omettendo di considerare che la società medesima opera in qualità di sede mandataria di SDA express, come da accordi commerciali allegati in atti.

I motivi sono privi di fondamento.

Il Regolamento in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali, approvato con la delibera AGCOM n. 129/15/Cons, prevede espressamente la possibilità di considerare alla stregua di "sedi proprie" del soggetto titolare di autorizzazione generale, anche le sedi mandatarie (così, art. 1, lett. p., Regolamento), per tali intendendosi "*le sedi appartenenti a soggetti giuridicamente distinti da quelli abilitati in cui viene svolta in nome e per conto di questi ultimi e sulla base del titolo abilitativo da questi posseduto attività relativa alla fase di raccolta e al ritiro degli invii postali da parte degli utenti*" (art. 1, lett. n, Regolamento).

Affinché una sede possa considerarsi mandataria del soggetto abilitato, e dunque, nelle condizioni di poter operare *sine titulo*, è innanzitutto necessario che la stessa sia giuridicamente appartenente ad altro soggetto che agisca in nome e per conto dell'operatore postale.

In secondo luogo è necessario che il soggetto autorizzato, all'atto della richiesta del titolo o anche successivamente, comunichi al Ministero dello Sviluppo Economico l'elenco delle sue sedi mandatarie, indicandone la denominazione e l'ambito geografico di operatività (art. 5, comma 8, lett. e 10, comma 8, lett. e, Regolamento).

Ebbene, nessuna delle due condizioni si è verificata nel caso di specie.

In primo luogo, in nessuno degli accordi commerciali stipulati tra SDA express e Kipoint, prodotti in giudizio, è dato rinvenire il conferimento espresso del mandato con rappresentanza a Kipoint da parte di SDA Express.

L'accordo commerciale stipulato in data 1° dicembre 2016, infatti, ha ad oggetto l'erogazione "da parte della rete di negozi di proprietà Kipoint e degli affiliati Kipoint" dei servizi di accettazione e consegna di spedizioni provenienti da o indirizzate a clienti della SDA.

È altresì posto, all'art. 8 del medesimo accordo, l'espresso "*divieto di utilizzo dei marchi*" SDA da parte di Kipoint e dei suoi affiliati nonché la precisazione, all'art. 9, che "*il presente accordo non costituisce né intende costituire in futuro le premesse per la creazione di alcun vincolo di subordinazione, dipendenza, società, joint venture o altro tra le parti*".

Ciò è sufficiente ad escludere qualsiasi rapporto di mandato tra le parti.

Alcun rilievo può rivestire al riguardo la dichiarazione di SDA inviata al MISE in data 5 agosto 2017, con la quale è stato comunicato che Kipoint e i suoi affiliati dovevano considerarsi sede mandatarie.

La comunicazione, infatti, lungi dal rivestire natura meramente ricognitiva, è intervenuta solo dopo l'avvio del procedimento sanzionatorio, avvenuto con l'invio dell'atto di contestazione degli addebiti il 19 luglio 2017, dunque, con il chiaro intento di regolarizzare a posteriori le riscontrate violazioni.

Giova precisare, al riguardo, come la comunicazione delle sedi mandatarie costituisca un preciso obbligo informativo posto all'art. 5, comma 8, lett. e, e all'art. 10, comma 8, lett. e, Regolamento, avente ad oggetto un elemento essenziale del servizio postale (le sedi dell'operatore) la cui conoscenza è necessaria al fine di contrastare l'esercizio abusivo del servizio nonché ai fini contributivi, in quanto il numero delle sedi incide sulla misura del contributo annuale dovuto dall'operatore postale al MISE.

In conclusione, l'attività postale deve essere svolta da un soggetto abilitato essendo consentito, solo in via eccezionale, lo svolgimento della stessa da parte di un soggetto privo del necessario titolo abilitativo laddove: a) questi operi in nome e per conto del soggetto abilitato attraverso "sedi mandatarie" e b) sia altresì oggetto di apposita dichiarazione al MISE, condizioni, entrambe, che non ricorrono nella fattispecie in esame.

2. Con il terzo e quarto motivo di ricorso la ricorrente contesta che l'attività di accettazione e di ritiro degli invii postali possa essere considerata una fase del servizio postale.

In subordine, chiede che sia rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione se la normativa europea, in particolare il considerando n. 22 e gli artt. 9 e 2 della direttiva 97/67/CE

ostino all'applicazione di una norma nazionale, in particolare degli artt. 1 e 6, d. lgs. n. 261/99, anche in relazione a quanto previsto nel "Regolamento in materia di titoli abilitativi per l'offerta al pubblico di servizi postali" di cui all'Allegato A alla delibera 129/15/Cons e dal "Disciplinare delle procedure per il rilascio dei titoli abilitativi per l'offerta al pubblico dei servizi postali" di cui al D.M. del 29 luglio 2015, che assoggetta ad autorizzazione generale la fase di sola accettazione e di ritiro degli invii postali nell'ambito del servizio di corriere espresso.

I motivi sono destituiti di fondamento e la stessa questione pregiudiziale, sottoposta all'attenzione di questo collegio, risulta essere stata risolta dalla Corte di Giustizia Unione Europea, sez. V, nella sentenza 21 maggio 2018, n. 259/16, peraltro citata nelle proprie memorie conclusive dalla stessa ricorrente.

La Corte di Giustizia, nel decidere se le imprese di autotrasporti, spedizione e corriere espresso che forniscono servizi di raccolta, smistamento, trasporto e distribuzione invii postali debbano essere qualificati come "fornitori di servizi postali" e, conseguentemente, debbano essere titolari di autorizzazione generale ha osservato che:

- in primo luogo, *"secondo l'articolo 2, punto 1, della direttiva 97/67, la nozione di "servizi postali" concerne i servizi che includono la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali"*;

- in secondo luogo, *"il considerando 17 della direttiva 2008/6 enuncia che i servizi di solo trasporto non dovrebbero essere considerati servizi postali. Peraltro, la direttiva di cui trattasi ha inserito all'articolo 2 della direttiva 97/67 un punto 1 bis, secondo il quale un "fornitore di un servizio postale" è l'impresa che fornisce uno o più "servizi postali".*

(..) La direttiva 2008/6 non ha tuttavia apportato modifiche al testo originale della direttiva 97/67 per quanto riguarda una differenziazione da effettuare fra l'esercizio in via principale e l'esercizio a titolo accessorio dei servizi postali di cui all'articolo 2, punto 1, della direttiva 97/67.

- *(..) In terzo luogo, un'attività può essere considerata come relativa ad un servizio postale soltanto a condizione che riguardi un "invio postale", ai sensi dell'articolo 2, punto 6, della direttiva 97/67. A tale proposito, la suddetta disposizione definisce l'invio postale come l'invio, nella forma definitiva al momento in cui viene preso in consegna dal fornitore di servizi postali, precisando che siffatto invio può essere relativo a, segnatamente, corrispondenza, libri, cataloghi, giornali, periodici, nonché pacchi postali contenenti merci con o senza valore commerciale"*;

- precisando, al fine che *"un'impresa deve essere qualificata come "fornitore di un servizio postale", ai sensi dell'articolo 2, punto 1 bis, della direttiva 97/67, quando essa svolge almeno uno dei servizi elencati all'articolo 2, punto 1, della menzionata direttiva e il servizio o i servizi così svolti*

riguardano un invio postale, non dovendo tuttavia la sua attività essere limitata unicamente al servizio di trasporto. Ne consegue che imprese di autotrasporto o di spedizione le quali offrano, in via principale, un servizio di trasporto di invii postali e, a titolo accessorio, servizi di raccolta, smistamento o distribuzione di siffatti invii non possono essere escluse dall'ambito di applicazione della direttiva in parola.”

Ciò comporta, *a fortiori*, per il caso che ci occupa che l'impresa, quale Kipoint e i suoi affiliati, nel momento in cui svolge attività di accettazione e consegna di spedizioni per i clienti di SDA (soggetto fornitore di servizi postali), come pattuito nell'accordo di collaborazione commerciale in atti, è essa stessa fornitore di servizi postali, ai sensi dell'art. 2, punto 1 bis, della menzionata direttiva, trattandosi propriamente di attività di “raccolta”.

L'art. 1, comma 2, d. lgs. 22/07/1999, n. 261, recante le norme di “Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio”, statuisce, infatti, al punto d), che l'attività di “raccolta” è “*l'operazione di raccolta degli invii postali da parte di un fornitore di servizi postali*”, che altro non è se non l'attività di accettazione e consegna degli invii, oggetto dell'accordo tra Kipoint e SDA, che è per l'appunto la fase iniziale del ciclo di lavorazione del servizio postale, che richiede peraltro un'attività particolarmente qualificata in quanto rappresenta il primo momento in cui il cliente entra in contatto con il soggetto fornitore di servizio, affidandogli la consegna del plico o del pacco da spedire, ed in cui l'operatore postale svolge una serie di fondamentali operazioni, a tutela della futura tracciatura dell'invio, quali la registrazione dei dati, la verifica dell'imballaggio, l'accettazione della dichiarazione di valore.

Trattasi di attività rientranti nelle fasi di svolgimento del servizio postale e, come tali, soggette all'obbligo del possesso, per il loro svolgimento, dell'autorizzazione generale “*nella misura necessaria per garantire la conformità alle esigenze essenziali*”, individuate per i fornitori di servizi postali, dalla stessa Corte di Giustizia nella su menzionata sentenza, nell'esigenza di garantire da un lato il rispetto delle condizioni di lavoro e dell'altro la riservatezza della corrispondenza, esigenze che, nella fattispecie in esame, rispetto all'attività svolta dalla società ricorrente di “raccolta” devono necessariamente essere salvaguardate e per le quali si giustifica, ed appare altresì proporzionato, l'obbligo di disporre dell'autorizzazione generale per il suo corretto svolgimento.

I motivi terzo e quarto, pertanto, sono destituiti di ogni fondamento.

3. Parimenti infondati sono il quinto e il sesto motivo di ricorso con cui la società ricorrente contesta anche la parte di sanzione inferta a Kipoint per la mancanza del titolo abilitativo in capo ai suoi affiliati, affermando che le previsioni contrattuali inserite nel contratto di franchising stipulato

tra Kipoint e i suoi affiliati non denoterebbero un'ingerenza "abnorme" da parte dell'affiliante, ma sarebbero consustanziali al rapporto di franchising.

Le caratteristiche del contratto di franchising o di affiliazione commerciale tra due società sono, come osservato dalla giurisprudenza, la completa autonomia sia giuridica che economica del franchisee o affiliato rispetto al franchisor o affiliante.

Il franchising costituisce, infatti, un sistema di collaborazione tra un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (franchisor) ed un distributore (franchisee), giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno dall'altro, ma vincolati da un contratto in virtù del quale il primo concede al secondo la facoltà di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi, a determinate condizioni e dietro un corrispettivo, come statuisce l'art. 1, l. n. 129/2004.

“La causa quindi di un simile contratto è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una vera e propria rete autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dover intervenire direttamente nella realtà locale; per il franchisee, la possibilità di intraprendere un'attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor, e, quindi, giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso e, conseguentemente, di inserirsi sul mercato.

Tuttavia, una simile organizzazione non prevede affatto la completa identificazione del franchisor con il franchisee, i quali, sebbene legati contrattualmente, restando indipendenti ed autonomi sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista economico” (così, Cass. civ. Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 647).

Ebbene, nel caso di specie, la Guardia di Finanza ha accertato l'esistenza di una fitta rete di imprese, di cui Kipoint s.p.a. ha la direzione, il coordinamento organizzativo e il controllo, formata da ottantuno operatori di cui settantadue sono risultati essere, al pari, della stessa Kipoint, privi di titolo abilitativo.

Come rilevato dall'AGCOM, trattasi di una rete che non si risolve nella mera affiliazione commerciale e nell'uso di un determinato marchio, ma che è caratterizzata dall'esercizio concreto di una direzione unitaria da parte di Kipoint, con potere di ingerenza e di decisione su tutti gli aspetti essenziali della gestione dell'impresa da parte degli affiliati.

Se, dunque, sotto il profilo formale si è di fronte a soggetti distinti, da un punto di vista economico e sostanziale si è di fronte ad un insieme di attività svolte nell'ambito di una logica imprenditoriale unitaria.

Per cui, se è vero, come stabilito al punto 171 della delibera 129/15/Cons, che “*anche le imprese operanti nell’ambito delle affiliazioni commerciali per l’offerta al pubblico di servizi nel settore postale devono munirsi di licenza individuale o di autorizzazione generale in virtù dell’indipendenza giuridica ed economica dei due soggetti pur legati da un rapporto di affiliazione*” nel caso di specie, stante la penetrante ingerenza di Kipoint nell’organizzazione, nella direzione e nel coordinamento dei servizi di raccolta e giacenza oggetto dei contratti di affiliazione commerciale, svolti dalle società affiliate con il marchio Kipoint, è Kipoint a dover essere legittimamente ritenuta soggetto responsabile per la mancanza del titolo abilitativo richiesto, sia in capo alla stessa sia in capo ai soggetti affiliati.

Al di là del *nomen juris* utilizzato, infatti, nella fattispecie in esame, il soggetto affiliato svolge un’attività propria della fase del servizio postale standardizzata, l’attività di raccolta e giacenza, sulla base delle prescrizioni particolareggiate impartite da Kipoint e contenute nel Manuale Operativo senza alcun margine di autonomia e, quindi, sostanzialmente nell’ambito di un’unica struttura organizzativa facente capo all’affiliante.

Si rientra più propriamente nell’alveo di un contratto atipico di governance in cui il soggetto “affiliato” anziché commercializzare direttamente un servizio nei confronti dei terzi esegue il servizio nell’ambito territoriale assegnato secondo precise e dettagliate indicazioni organizzative e operative date (in una fattispecie simile, si veda Cons. St., V, 25 febbraio 2015, n. 936).

La presenza, in ultima analisi, di una fitta rete di soggetti, per la gran parte privi di titolo abilitativo, sostanzialmente strumenti operativi, privi di una propria autonomia gestionale e organizzativa, della società (Kipoint) che, a sua volta priva di titolo abilitativo, svolge in virtù di un accordo commerciale pregresso, la fase iniziale del servizio postale (attività di raccolta), per altra società (SDA Express), questa solo titolare di autorizzazione generale, sostenendo, peraltro (come sopra visto illegittimamente) di esserne mandataria, comporta, stante la sostanziale unitarietà dello schema gestionale adottato e i penetranti poteri di direzione e controllo dell’ “affiliante”, che la stessa assume una precisa posizione di responsabilità e garanzia per l’attività poste in essere dalle “affiliate”.

Si è dunque al di fuori della mera affiliazione commerciale bensì al cospetto di un’organizzazione unitaria di soggetti che, ancorché formalmente distinti, svolge sotto la direzione unitaria e con il marchio della Kipoint le attività che la stessa dovrebbe svolgere per SDA Express, ciò che porta necessariamente a ritenere la Kipoint il soggetto responsabile per lo svolgimento delle medesime attività in assenza del titolo abilitativo richiesto, sia da parte propria sia da parte dei soggetti facenti parti della struttura territoriale per tal via creata.

4. Con il settimo motivo di ricorso, Kipoint deduce poi la violazione del termine indicato agli artt. 3 e 5 della delibera 581/15/Cons e dell'art. 14, l. n. 689/1981, secondo cui l'atto di contestazione deve essere notificato al trasgressore nei termini di 90 giorni dall'accertamento.

Nel caso di specie la fase preistruttoria sarebbe durata circa cinque mesi, in quanto la richiesta di informazioni al MISE in merito alla rete di Kipoint è stata inoltrata dall'Autorità in data 27 gennaio 2017 mentre l'atto di contestazione degli addebiti è intervenuto in data 19 luglio 2017.

Il motivo è del tutto infondato.

Il termine per lo svolgimento dell'attività preistruttoria non può farsi decorrere dalla richiesta di informazioni al MISE ma da quando l'Autorità ha ricevuto tali informazioni nella loro completezza per aver la piena conoscenza della condotta illecita che sola può consentire una esatta valutazione della fattispecie e la corretta formulazione della contestazione degli addebiti.

Come già affermato dal giudice d'appello, infatti, *“il decorso dei novanta giorni è collegato dall'art. 14 della legge n. 689 del 1981, non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari per una matura e legittima formulazione della contestazione”* (così, Cons. St., VI, 10 luglio 2018, n. 4211).

Nel caso di specie, stante la complessità del procedimento, deve presumersi che una parte consistente del lasso temporale successivo alla acquisizione della notizia è stata impiegata per il completamento, da parte dell'Autorità, delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi (oggettivi e soggettivi) della fattispecie.

Ciò che porta a escludere, nella presente fattispecie, la violazione del prescritto termine per la conclusione dell'attività preistruttoria.

5. Con l'ottavo motivo di ricorso si deduce, ancora, la violazione dell'art. 3, comma 1, l. n. 689/1981, secondo cui presupposto per l'irrogazione della sanzione è che la condotta sia dolosa o colposa, in quanto l'Autorità non avrebbe considerato, da un lato, che Kipoint operava in qualità di mandataria di SDA e, dall'altro, che le sue società operative operavano in virtù di un contratto di franchising.

Quanto all'elemento soggettivo in materia di illeciti amministrativi, è sufficiente rammentare il costante indirizzo giurisprudenziale secondo il quale *“la previsione di cui al primo comma dell'art.*

3, l. 689, cit. (secondo cui "nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione o omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa") non già nel senso dell'indifferenza in ordine alla sussistenza o meno di un comportamento - quanto meno - colposo, bensì nel senso di porre una *praesumptio juris tantum* di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, riservando poi a quest'ultimo l'onere di dimostrare di aver agito senza colpa" (Cass. Civ., sez. lav., 26 agosto 2003, n. 12391).

Nel caso *de quo*, non può considerarsi assolto tale onere probatorio in virtù del mero richiamo, da parte della ricorrente, della sussistenza solo in capo della mandante dell'obbligo di comunicazione delle sedi delle mandatarie nonché della sussistenza del contratto di franchising con i soggetti affiliati, trattandosi di circostanze già smentite da questo collegio con le argomentazioni spiegate nei precedenti punti 1 e 3.

Il motivo, pertanto, è privo di pregio.

6. Con il nono motivo parte ricorrente sostiene, poi, che il provvedimento dovrebbe essere annullato per disparità di trattamento rispetto ad altro soggetto che avrebbe posto in essere una condotta analoga a quella ivi sanzionata.

La vicenda menzionata dalla ricorrente riguarda Amazon alla quale l'AGCOM ha riservato, rispetto ad un'analoga violazione, la procedura *de minimis*, attraverso la quale, prima di avviare un procedimento sanzionatorio, il soggetto viene invitato a regolarizzare la propria posizione mediante diffida.

Più in particolare, come chiarito dall'Autorità, tale intervento è riservato, oltre che ai soggetti di scarso rilievo economico, anche ai soggetti che, operando da poco tempo sul mercato postale italiano, possono non essere in grado di adeguare correttamente la propria attività alla normativa del settore.

E infatti Amazon, quando è stata diffidata dall'Autorità nel 2017, si era da poco collocata sul mercato postale e comunque era un soggetto facente parte di un gruppo che non aveva sede in Italia, a differenza della ricorrente, società per azioni il cui capitale è interamente posseduto da SDA Express, che è da molti anni uno dei maggiori operatori postali sul mercato italiano.

Il motivo, pertanto, si rivela infondato.

7. Con il decimo motivo la ricorrente contesta la determinazione, da parte dell'Autorità, dell'importo della sanzione, in quanto sarebbero stati erroneamente applicati i criteri della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'agente, della personalità dell'agente e delle sue condizioni economiche.

Il motivo è destituito di fondamento.

Innanzitutto, deve essere richiamato il consolidato orientamento secondo cui l'attività determinativa del *quantum* della sanzione irrogata (nonché, più a monte, il giudizio di sussunzione delle peculiarità del caso di specie entro i criteri determinativi normativamente indicati) costituisce esplicitazione di una lata discrezionalità, con la conseguenza che l'operazione valutativa in tal modo posta in essere non possa essere sindacata in sede di giudizio di legittimità, laddove risulti congruamente motivata e scevra da vizi logici (in tal senso, Cass. Civ., I, 16 aprile 2003, n. 6020; Cons. St., VI, 12 aprile 2011, n. 2256).

Ebbene, in specie, l'attività determinativa posta in essere dall'Autorità risulta esente da qualsivoglia vizio, se solo si osservi:

- che non ha alcun rilievo, come già sopra precisato, l'invio al MISE della comunicazione che le sedi della Kipoint avrebbero dovuto considerarsi sedi mandatarie di SDA, trattandosi di comunicazione intervenuta successivamente all'avvio del procedimento sanzionatorio in esame;
- che correttamente nella valutazione delle condizioni economiche dell'agente è stato preso in considerazione il fatturato anziché il solo utile di impresa, come precisato peraltro dalle Linee Guida sulla quantificazione delle sanzioni (delibera n. 265/15/ Cons) al paragrafo 3.1.2. laddove si precisa appunto che *“la dimensione economica del soggetto agente si ricava prioritariamente dal suo fatturato”*.

8. Infine, privo di fondamento è anche l'undicesimo motivo di gravame con il quale si deduce l'illegittima applicazione del regime del cumulo giuridico delle sanzioni, in quanto l'applicazione di tale regime avrebbe dovuto condurre l'Autorità ad applicare, anziché due sanzioni (una di 15.000 euro per aver svolto l'attività postale senza titolo, l'altra di 5.000 euro per ognuna delle 17 Regioni nell'ambito delle quali operano le società “affiliate”), una sola sanzione aumentata del triplo.

L'Autorità ha applicato due diverse sanzioni a fronte di due diverse violazioni, una per aver svolto l'attività postale in assenza del necessario titolo abilitativo, l'altra per aver costituito una rete di soggetti operanti, anch'essi in assenza di titolo abilitativo, in 17 regioni.

Il cumulo giuridico è stato dunque legittimamente applicato dall'Autorità solo in relazione alla seconda delle anzidette violazioni, essendo stata in tal caso più volte violata la medesima norma in relazione ad ogni soggetto “affiliato” operante in assenza di titolo, secondo quanto stabilisce l'art. 8, comma 1, l. n. 689/1981 che prevede il cumulo giuridico nel caso di *“chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo”*.

9. In conclusione, per tutto quanto esposto, il ricorso deve, dunque, essere respinto.

10. Si ravvisano, tuttavia, giustificati motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), 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 3 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Paola Patatini, Primo Referendario

Francesca Romano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Francesca Romano

IL PRESIDENTE

Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO

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) secretazione.

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 temperare con il primo), ma quale limite oggettivo alla divulgazione della

documentazione meritevole di segretezza (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* esperenziale 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, dichiarò 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'uso 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 segrete.

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 segretazione 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 lettereci” 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