

Pubblicato il 22/12/2025

N. 01631/2025 REG.PROV.COLL.
N. 01677/2025 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1677 del 2025, proposto da Argenx Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Putignano, Sonia Selletti e Francesco Tiboni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Intercent-Er, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini e Roberto Bonatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'accertamento

della sussistenza dei segreti tecnici o commerciali dichiarati dalla ricorrente ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. 36/2023 in sede di gara PI285604-25 Medicinali 2026-2028_1 e del diritto della medesima ad ottenere l'oscuramento dei relativi dati,

nonché per l'annullamento, previa sospensiva,

del rigetto dell'istanza di non ostensione degli sconti confidenziali applicati al prodotto Vyvgart® comunicato a mezzo p.e.c. in data 16 novembre 2025, Registro Comunicazione: PI514848-25, avente ad oggetto medicinali 2026-2028_1, e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, nonché per la «Condanna di Intercent-ER, in persona del legale rappresentante *pro tempore*: - ad oscurare, in tutti i casi di esibizione e/o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione della gara PI285604-25 Medicinali 2026-2028_1 nonché dei pertinenti atti di gara, le condizioni economiche offerte dalla ricorrente, ivi compresi l'offerta economica e l'importo complessivo di aggiudicazione del lotto 211 e di ciascuno dei suoi sub-lotti, da cui possa desumersi, anche indirettamente, lo sconto confidenziale applicato al prodotto Vyvgart®; - a rimuovere immediatamente le suddette informazioni in caso pubblicazione già intervenuta

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Intercent-Er;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2025 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Argenx Italy S.r.l. (d'ora in poi, Argenx), filiale italiana dell'azienda farmaceutica multinazionale Argenx BV (con sede legale in Olanda), distribuisce in Italia, in via esclusiva, la specialità medicinale VYVGART® - AIC n. 050235, con principio attivo efgartigimod alfa, commercializzato in confezione da 1000MG (soluzione iniettabile per uso sottocutaneo) e in confezione da 20 mg/ml (concentrato per soluzione per infusione – uso endovenoso).

Si tratta di un farmaco c.d. “orfano”, attualmente indicato e rimborsato a livello italiano in aggiunta alla terapia standard, per il trattamento dei pazienti

adulti con miastenia gravis generalizzata (gMG) che sono positivi all'anticorpo anti recettore dell'acetilcolina (AChR).

I farmaci orfani sono quelli impiegati per la terapia di malattie rare (ossia con incidenza, in Europa, di meno di 5 persone su 10.000), come la miastenia gravis.

Il medicinale è altresì coperto da brevetto e perciò “esclusivo”.

VYVGART® ha anche ottenuto il riconoscimento del requisito dell'innovatività condizionata in relazione alla citata indicazione terapeutica che, ai sensi ai sensi della legge 30 dicembre 2024, n. 207, articolo 1, commi 281-292, è stata ulteriormente estesa all'11 luglio 2026.

Avendo poi ottenuto il prodotto in questione, in data 8 marzo 2023, il certificato di protezione complementare (il CCP), la copertura brevettuale di Vyvgart® è garantita in tutta Europa fino al 11 agosto 2037.

Con determinazione n. 450 del 20 giugno 2025 Intercent- ER Agenzia per lo sviluppo dei mercati telematici (d'ora in poi “Intercent”) ha indetto un “appalto specifico per la fornitura di medicinali 2026-2028-1” nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione (SDA) “Beni Farmaceutici”, di cui al Bando UE G.U. del 08 marzo 2017, per le esigenze degli Enti del Servizio Sanitario della Regione Emilia-Romagna.

Si tratta del primo appalto specifico, per la fornitura di medicinali 2026-2028-1, destinato ai farmaci “ad alto impatto clinico e terapeutico” suddivisi in tre gruppi: a) farmaci sostitutivi della coagulazione; b) prodotti biotecnologici di ultima generazione; c) farmaci con categoria ATC “L” (antineoplastici e immunomodulatori).

In particolare, Intercent-ER ha inserito nell'appalto le seguenti AIC di AIFA: AIC n. 050235023 per il dosaggio 1000 mg, 1 flaconcino, con classe di rimborsabilità H e prezzo ex factory di € 15.443,88, e sconto obbligatorio da praticarsi alle strutture sanitarie pubbliche “come da condizioni negoziali” (determina AIFA n. 37 del 10 gennaio 2025 in GU n. 23 del 29 gennaio 2025);

- AIC n. 050235011 per il dosaggio da 20 mg/ml, 1 flaconcino, con classe di rimborsabilità H e prezzo ex factory di € 7.721,94 e sconto obbligatorio da praticarsi alle strutture sanitarie pubbliche “come da condizioni negoziali”.

Il Vyvgart rientra sia nella seconda che nella terza categoria.

Infatti, Argenx ha partecipato alla gara in questione per il lotto 211 relativo alla specialità medicinale VYVGART® che era suddiviso nei seguenti due sotto lotti: a) Descrizione Regionale L04AA58 - Efgartigimod Alfa endovenosa soluzione iniettabile 400 mg, AIC n. 050235011; b); Descrizione Regionale L04AA58 - Efgartigimod Alfa sottocutanea soluzione per infusione CONC 1000 mg 8, AIC n. 050235023.

A tal proposito, va rilevato che in entrambi i sublotti che precedono (come per altri lotti del bando) nell’elenco prodotti depositato in giudizio è contenuta l’indicazione “esclusivo”.

L’unica offerta per il lotto 211 è stata quella di Argenx.

A corredo dell’offerta Argenx ha presentato apposita istanza di segretezza e confidenzialità ai sensi degli artt. 35 e 36 del d.lgs. 36/2023 evidenziando che “le condizioni economiche presentate in fase di offerta relativamente al prodotto VYVGART® sono oggetto di uno specifico accordo con l’Agenzia Italiana del Farmaco, coperto da una clausola di confidenzialità specificamente inserita negli accordi negoziali stipulati con AIFA stessa”.

Come si comprende anche dagli atti di causa, la richiesta di Argenx era (ed è) finalizzata ad ottenere l’oscuramento non solo in relazione a possibili istanze di accesso, ma, a monte, con riguardo alla pubblicazione degli atti di gara, anche conclusivi della procedura di evidenza pubblica.

Intercent-ER con comunicazione data 16 novembre 2025 ha dato conto del provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente, informando che *«l’accesso agli atti della procedura è assicurato in modalità digitale mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni attraverso il Sistema per gli Acquisti Telematici dell’Emilia-Romagna (SATER), accedendo all’area riservata»*, e ha espressamente previsto che *«ai sensi del comma 2 art. 36 del D.lgs. n. 36/2023, agli operatori*

economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la piattaforma, le offerte dagli stessi presentate»; ciò in quanto «non sono presenti segreti tecnici e commerciali per cui si procederà all'estensione della documentazione presentata in gara».

Argenx, quindi, in data 26 novembre 2025 ha depositato il ricorso introduttivo del presente giudizio, lamentando l'illegittimità di tale determinazione per i seguenti motivi, in sintesi:

1. Intercent non avrebbe fornito una puntuale motivazione in ordine alla richiesta di Argenx di oscuramento in ragione della motivata e comprovata dichiarazione effettuata in sede di gara circa l'esistenza di "segreti commerciali", nello specifico consistenti nel vincolo di applicazione di uno sconto di natura confidenziale, contenuto in apposita clausola coperta da riservatezza dell'accordo negoziale con Aifa, ulteriore rispetto al prezzo *ex factory* risultante nelle determine di rimborsabilità pubblicate in Gazzetta Ufficiale; la Stazione Appaltante non avrebbe nemmeno formulato un giudizio di "insufficienza" della dichiarazione di riservatezza del 14 luglio 2025 resa da Argenx; Intercent, peraltro, non avrebbe considerato che il medicinale VYVGART®, è un farmaco orfano e innovativo, ancora coperto da tutela brevettuale, rispetto al quale non sussistono, a priori, esigenze di trasparenza funzionali a garantire un effettivo dispiegamento della concorrenza nei confronti di altri diretti competitors;
2. la decisione di Intercent, secondo la quale il prezzo offerto in gara da Argenx non integrerebbe un segreto commerciale, sarebbe illegittima nel merito, perché non terrebbe conto del fatto che nell'accordo sottoscritto tra l'azienda farmaceutica e AIFA per il medicinale VYVGART® è stata inserita una specifica clausola di riservatezza volta a impedire la divulgazione a terzi delle informazioni aventi natura confidenziale che non vengono a tal fine pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, ma sono comunicate, sempre in via riservata, agli Assessorati regionali e, in caso di acquisto della specialità medicinale, alle strutture pubbliche e/o private

accreditate; secondo parte ricorrente, il venir meno – a valle delle gare – della clausola di confidenzialità dello sconto, che è stata rilevante e decisiva per la positiva conclusione del processo negoziale con Aifa, può avere impatti rilevanti sulla competitività dell’Azienda farmaceutica interessata vanificando la funzione di quell’accordo; la natura confidenziale e di segreto commerciale (in presenza di una clausola di riservatezza) degli accordi sul prezzo sarebbe coerente con la disciplina dettata dall’art. 98 C.P.I. comma 1, posto che viene in rilievo un farmaco “orfano” e innovativo, coperto da brevetto, e il prezzo negoziato sarebbe strettamente connesso agli aspetti tecnici del prodotto; lo sconto confidenziale costituirebbe un’informazione non nota né facilmente accessibile agli esperti e agli operatori del settore, non essendo indicata nella determina di prezzo e rimborso pubblicata nella Gazzetta Ufficiale.

Argenx, quindi, ha chiesto che fosse:

- accertata la sussistenza dei segreti tecnici o commerciali dichiarati dalla ricorrente ai sensi dell’art. 35, d.lgs. n. 36/2023 in sede di gara e del diritto della medesima ad ottenere l’oscuramento dei relativi dati;
- annullato conseguentemente il provvedimento di rigetto dell’istanza di non ostensione degli sconti confidenziali applicati al prodotto VYVGART® comunicato a mezzo p.e.c. in data 16 novembre 2025, Registro Comunicazione: PI514848-25;
- condannata Intercent ad oscurare, in tutti i casi di esibizione e/o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione della gara PI285604-25 Medicinali 2026-2028_1 nonché dei pertinenti atti di gara, le condizioni economiche offerte dalla ricorrente, ivi compresi l’offerta economica e l’importo complessivo di aggiudicazione del lotto 211 e di ciascuno dei suoi sub-lotti, da cui possa desumersi, anche indirettamente, lo sconto confidenziale applicato al prodotto VYVGART®, ovvero a rimuovere immediatamente le suddette informazioni in caso pubblicazione già intervenuta.

Si è costituita in giudizio Intercent per resistere al ricorso.

All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 17 dicembre 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Premessa processuale

In forza dei commi 3 e 4 dell'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023, nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a). Le decisioni in questione sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 c.p.a., con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione.

Ai sensi del comma 7, poi, attese le finalità di definizione tempestiva delle contestazioni relative all'ostensione integrale delle offerte e documenti di gara, non solo è previsto che il ricorso di cui al comma 4 è fissato d'ufficio in udienza in camera di consiglio nel rispetto di termini pari alla metà di quelli di cui all'articolo 55 del codice di cui all'allegato I al decreto legislativo n. 104 del 2010, ma si precisa altresì che il ricorso «è deciso alla medesima udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione», e che la relativa «*motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie*».

Nel caso di specie, viene in esame una questione complessa, non ancora definita puntualmente dalla giurisprudenza amministrativa, relativa alla riconducibilità dei c.d. “sconti confidenziali”, oggetto di clausola di riservatezza pattuita tra AIFA e l'operatore economico farmaceutico, alla nozione di “segreto commerciale”, con conseguente applicabilità dell'art. 35, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023.

La questione controversa è limitata a comprendere se – impregiudicate le eventuali future azioni a tutela del diritto di accesso di terzi – sia configurabile

un diritto di oscuramento, e in che misura, in ordine agli elementi dell'offerta e degli atti di gara che direttamente o indirettamente potrebbero determinare una violazione o un aggrramento della clausola di riservatezza conclusa con AIFA.

La complessità della questione in diritto oggetto di esame nel presente giudizio e l'assenza di un orientamento consolidato in giurisprudenza in merito alla stessa, comportano l'impossibilità di avvalersi della semplificazione operata dall'art. 36 laddove consente di argomentare la motivazione della decisione mediante mero rinvio ad una delle due difese in giudizio, a dimostrazione di come, il pur lodevole intento del legislatore di "semplificare" e velocizzare il contenzioso in materia di accesso, si scontri con la complessità sostanziale della materia caratterizzata da una pluralità di sfaccettature in fatto e diritto, oltre che per l'intrinseca difficoltà logica di conciliare esigenze opposte e tra loro contraddittorie, quali la trasparenza e la piena ostensibilità pro-concorrenziale, da un lato, e le esigenze di segretezza e riservatezza delle tecniche, tattiche e strategie commerciali delle imprese, dall'altro lato.

2. Premessa sostanziale.

Al fine di decidere compiutamente la questione in diritto sopra indicata è opportuno dar conto, anzitutto della disciplina interna applicabile, precisando quindi il contesto normativo di riferimento e i relativi principi caratterizzanti. In termini generali, il codice evidenzia, già all'art. 1, la centralità del principio di trasparenza, in quanto funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice stesso, assicurandone la piena verificabilità: in tal senso, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono perseguire il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Il principio di trasparenza si declina, quindi, oltre che nell'adempimento agli obblighi di pubblicità legale, *aliunde* previsti, nella pubblicazione, ai sensi del

d.lgs. n. 33 del 2013, dei dati, delle informazioni e degli atti relativi ai contratti pubblici indicati nell'art. 28.

Tale disposizione prevede, in particolare che: a. Le informazioni e i dati relativi alla programmazione di lavori, servizi e forniture, nonché alle procedure del ciclo di vita dei contratti pubblici, *ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 35 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 139*, sono trasmessi tempestivamente alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici attraverso le piattaforme digitali di cui all'articolo 25; b. Per la trasparenza dei contratti pubblici fanno fede i dati trasmessi alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'ANAC, la quale assicura la tempestiva pubblicazione sul proprio portale dei dati ricevuti, anche attraverso la piattaforma unica della trasparenza, e la periodica pubblicazione degli stessi in formato aperto. In particolare, sono pubblicati la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, *l'importo di aggiudicazione*, i tempi di completamento dei lavori, servizi o forniture e l'importo delle somme liquidate.

Gli artt. 84 e 85, disciplinano, poi, rispettivamente, la pubblicazione a livello europeo e a livello nazionale degli atti di gara, in particolare dei bandi, degli avvisi di pre-informazione e degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati.

L>All. II.6, parte I, sezione C (recante “*informazioni che devono figurare negli avvisi e bandi di gara*”), al punto 7 (descrizione dell'appalto), indica: natura ed entità dei lavori, natura e quantità o valore delle forniture; natura ed entità dei servizi. Se l'appalto è suddiviso in lotti, tali informazioni sono fornite per ogni lotto. Eventualmente, una descrizione di qualsiasi opzione.

Il punto 6 della sezione D (*informazioni che devono figurare negli avvisi relativi agli appalti aggiudicati*), indica: natura ed entità dei lavori, natura e quantità o valore delle forniture; natura ed entità dei servizi. Il successivo punto 13, invece: valore dell'offerta (o delle offerte) vincente o dell'offerta massima e dell'offerta minima prese in considerazione ai fini dell'aggiudicazione o delle aggiudicazioni dell'appalto.

In linea di principio, quindi, gli atti di gara e anche gli elementi dell'offerta, in particolare, per quanto in questa sede di interesse, il prezzo a base di gara e il prezzo di aggiudicazione (quello cioè offerto dal concorrente in gara) sono informazioni che devono essere non solo ostese ad eventuali interessati, ma anche adeguatamente pubblicate.

Ciò tanto più con riguardo al settore “sanitario”, posto che l'art. 41, d.lgs. n. 33 del 2013 (recante “trasparenza del servizio sanitario nazionale”), dopo aver previsto, genericamente, al comma 1, che *Le amministrazioni e gli enti del servizio sanitario nazionale, dei servizi sanitari regionali, ivi comprese le aziende sanitarie territoriali ed ospedaliere, le agenzie e gli altri enti ed organismi pubblici che svolgono attività di programmazione e fornitura dei servizi sanitari, sono tenute all'adempimento di tutti gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente*, al comma 1 bis, impone alle suddette amministrazioni di pubblicare, nei loro siti istituzionali, i dati relativi a tutte le spese e a tutti i pagamenti effettuati, distinti per tipologia di lavoro, bene o servizio, e ne permettono la consultazione, in forma sintetica e aggregata, in relazione alla tipologia di spesa sostenuta, all'ambito temporale di riferimento e ai beneficiari.

A conferma di quanto precede, l'art. 35, d.lgs. n. 36 del 2023, impone, di regola, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta *dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme*, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

È solo in via eccezionale che il comma 4 dell'art. 35 (come modificato dal d.lgs. n. 209 del 2024) ammette l'esclusione del diritto di accesso e di “*ogni forma di divulgazione*” (in relazione, quindi, come accennato, alla previsione dell'art. 28) in relazione « *alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, anche risultanti da scoperte,*

innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico».

In ordine al concetto di “segreto commerciale”, in senso stretto, come noto, il riferimento normativo è l’art. 98, d.lgs. n. 30 del 2005 (*Codice della proprietà industriale*), che definisce “segreti commerciali” «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.

La disposizione costituisce trasposizione dell’art. 2, della direttiva n. 2016/943/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2016.

A tal proposito, il considerando 14 della testé richiamata direttiva sottolinea l’importanza di ricomprendere nel concetto di segreto commerciale il know-how, le informazioni commerciali e le informazioni tecnologiche *quando esiste un legittimo interesse a mantenere la riservatezza nonché una legittima aspettativa circa la tutela di tale riservatezza*, in quanto la relativa acquisizione, utilizzo o divulgazione non autorizzati rischiano di «*recare danno agli interessi della persona che li controlla lecitamente, poiché pregiudicano il potenziale scientifico e tecnico, gli interessi commerciali o finanziari, le posizioni strategiche o la capacità di competere di detta persona*».

D’altronde, il considerando 18, se da un lato premette che «*dovrebbero ritenersi leciti ai fini della presente direttiva l’acquisizione, l’utilizzo o la divulgazione dei segreti commerciali quando imposti o consentiti dalla legge*», dall’altro, precisa che «*la presente direttiva non dovrebbe esonerare le autorità pubbliche dagli obblighi di riservatezza cui sono soggette in relazione alle informazioni trasmesse dai detentori di segreti commerciali, a prescindere dal fatto che tali obblighi siano sanciti dal diritto dell’Unione o da quello*

nazionale. Tali obblighi di riservatezza includono, tra l'altro, gli obblighi connessi alle informazioni trasmesse alle amministrazioni aggiudicatrici nel contesto delle procedure di aggiudicazione, quali previsti, ad esempio, dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e dalla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio».

In tal senso, l'art. 21 della direttiva Ue 2014/24/UE prevede che «Salvo che non sia altrimenti previsto nella presente direttiva o nella legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, in particolare la legislazione riguardante l'accesso alle informazioni, e fatti salvi gli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e gli obblighi di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti agli articoli 50 e 55, l'amministrazione aggiudicatrice non rivela *informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate, compresi anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte*. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici condizioni intese a proteggere la natura confidenziale delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili durante tutta la procedura di appalto».

Tale ultima disposizione è importante, ai fini che qui interessano, anzitutto perché pone il tema della perfetta aderenza, sul piano testuale, della previsione eccezionale di cui all'art. 35, comma 4, lett. a) con l'art. 21 della direttiva da ultimo citata, posto che la prima delle due disposizioni non richiama esplicitamente le “*informazioni considerate riservate*”: d'altronde, poiché occorre procedere, per quanto possibile, ad una interpretazione conforme alla direttiva europea, il riferimento ai segreti deve intendersi riferito anche alle “*informazioni riservate*” quando le stesse abbiano un rilievo sul piano concorrenziale e presentino elementi analoghi a quelli previsti dall'art. 98, CPI.

In questo senso, nella giurisprudenza civilistica è stato sottolineato come le informazioni di politica aziendale, gli elenchi clienti, le condizioni contrattuali applicate e, in particolare, le informazioni concernenti i prezzi di vendita, la

scontistica applicabile ai clienti sono informazioni commerciali che hanno valore economico (Trib. Milano, sez. special. Imprese, 26 febbraio 2018).

Si rammenta, infine, che il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare come «*per quanto concerne la segretezza delle informazioni di cui si richiede l'ostensione, la giurisprudenza concorda nel senso che debba consistere in una segretezza oggettiva, non essendo sufficiente per l'operatore economico invocare un generico rischio di divulgazione del know how dell'azienda, ma dovendo provare che l'informazione che si ritiene riservata procuri un reale vantaggio concorrenziale ad un proprio competitor.* “Pertanto, è necessario, ai fini della tutela dei propri segreti tecnici e commerciali e/o del proprio know how, che l'operatore economico, consapevole che la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica lo espone ad esigenze di trasparenza, sia in grado di individuare in modo chiaro e specifico, quantomeno tramite l'indicazione dell'oggetto, della funzione e del collegato vantaggio competitivo o tecnologico, la particolare competenza/conoscenza/esperienza/procedura, sviluppata ed usata nell'esercizio della sua attività professionale, che intende mantenere riservata, in quanto idonea a garantirne il suo successo e la sua competitività nel mercato di riferimento” (cfr. Cons. Stato, V, 17 luglio 2025, n. 6280)» (Cons. stato, sez. V, il 18 dicembre 2025, n. 10036).

Quindi, affinché vi possa essere tutela, è essenziale che l'informazione, se divulgata, sia funzionale ad assicurare un vantaggio concorrenziale ad un possibile competitor o comunque determini uno svantaggio concorrenziale per il titolare dell'informazione.

Infine, va rammentato che ai sensi dell'art. 111, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023, fermo restando quanto disposto dagli articoli 35 e 36, talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa arrecare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici.

La Corte di Giustizia, con la recente sentenza 10 giugno 2025, causa C686/24, ha ricordato che «nella sentenza del 17 novembre 2022, Antea Polska e a. (C54/21, EU:C:2022:888), che ha precisato la portata della sentenza del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C927/19, EU:C:2021:700), la Corte ha dichiarato che: (...) Le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici mirano principalmente a garantire l'esistenza di una concorrenza non falsata e (...), per conseguire tale obiettivo, è necessario che le amministrazioni aggiudicatici non divulghino informazioni relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza sia in una procedura di aggiudicazione in corso, sia in procedure di aggiudicazione successive. Poiché le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici sono fondate su un rapporto di fiducia tra le amministrazioni aggiudicatici e gli operatori economici, questi ultimi devono poter comunicare alle amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi informazione utile nell'ambito di una procedura siffatta, senza temere che esse rivelino a terzi elementi di informazione la cui divulgazione potrebbe recare pregiudizio a tali operatori (sentenze del 14 febbraio 2008, Varec, C450/06, EU:C:2008:91, punti da 34 a 36, e del 7 settembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C927/19, EU:C:2021:700, punto 115)..... Ai sensi dell'articolo 50, paragrafo 1, di detta direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice deve, al termine della procedura di aggiudicazione dell'appalto, compilare, ai fini della pubblicazione, un avviso di aggiudicazione dell'appalto che contiene, conformemente all'allegato V, parte D, della stessa direttiva, talune informazioni relative, in particolare, all'aggiudicatario e all'offerta presentata da quest'ultimo. Ciò premesso, l'articolo 50, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 prevede altresì che tali informazioni possano non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un operatore economico oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale.... Del pari, se è vero

che l'articolo 55, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 consente espressamente a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile di richiedere all'amministrazione aggiudicatrice che gli siano comunicati i motivi del rigetto della sua offerta, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'aggiudicatario, tuttavia il paragrafo 3 di tale articolo prevede che l'amministrazione aggiudicatrice possa decidere di non divulgare talune di dette informazioni, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un operatore economico oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale..... Di conseguenza, l'articolo 21, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, in combinato disposto con gli articoli 50 e 55 di tale direttiva, (...) osta a un (...) regime [che delimita la portata dell'obbligo di trattamento riservato] qualora quest'ultimo non comprenda un sistema di norme adeguato che consenta alle amministrazioni aggiudicatrici, nelle circostanze in cui trovino applicazione detti articoli 50 e 55, di rifiutare in via eccezionale la divulgazione di informazioni che (...) devono rimanere non accessibili in virtù di un interesse o di un obiettivo previsto da detti articoli 50 e 55».

Quindi, interpretando la normativa interna alla luce di quella europea e tenuto conto di quanto affermato dalla giurisprudenza, è possibile ritenere che, in linea di principio, anche gli elementi di carattere economico dell'offerta possono costituire informazioni per le quali sussiste un legittimo interesse dell'operatore economico alla riservatezza e, quindi, alla segretezza, ma tale tutela, costituendo comunque un'eccezione al principio di pubblicità e trasparenza – attesa la funzione proconcorrenziale di quest'ultimo – deve riguardare informazioni “riservate” nel senso di sottoposte a specifiche misure atte a garantirne la non conoscibilità, che abbiano un valore commerciale, e la cui diffusione possa ostacolare l'applicazione della legge o sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali

di un operatore economico oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale.

Inoltre, poiché viene in rilievo un delicato bilanciamento tra trasparenza, interessi commerciali del singolo operatore, interessi pubblici e principio di concorrenza, l'applicazione delle disposizioni e dei principi sopra esposti deve essere conforme al generale principio di proporzionalità.

3. Gli sconti confidenziali.

Occorre, a questo punto, approfondire il tema dei c.d. “sconti confidenziali”.

3.1. Inquadramento.

L'art. 48, comma 33, d.l. n. 269 del 2003, convertito con l. n. 326/2003, ha previsto che, dal 1 gennaio 2004, i prezzi dei prodotti rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale siano determinati mediante contrattazione tra Agenzia e produttori secondo le modalità e i criteri indicati nella delibera Cipe 1 febbraio 2001, n. 3, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 73 del 28 marzo 2001.

La delibera CIPE prevede in particolare che la procedura negoziale si conclude, in caso di accordo tra le parti, con la fissazione di un prezzo.

Il prezzo contrattato rappresenta per gli ospedali e le ASL il prezzo massimo di cessione al Servizio sanitario nazionale. Su tale prezzo essi devono, in applicazione di proprie procedure, contrattare gli sconti commerciali.

Nel caso di specie, tra AIFA e Argenx è intervenuto un accordo nel quale, ammesso a rimborsabilità il prodotto dell'odierna ricorrente -in regime di fornitura OSP e classe H -, viene indicato il prezzo al pubblico, il prezzo c.d. *ex factory*, e la percentuale di sconto confidenziale (quale sconto obbligatorio complessivo sul prezzo *ex factory* da praticarsi sulle strutture pubbliche del SSN, ivi comprese le strutture private accreditate sanitarie).

I prezzi al pubblico ed *ex factory*, sono quelli indicati anche nelle AIC AIFA indicate nella parte in fatto che precede e pubblicate sulla gazzetta ufficiale.

In ordine, invece, agli sconti confidenziali, l'art. 4 dell'accordo prevede che «*per tutta la durata del presente accordo, è fatto divieto alle parti di divulgare e comunicare a terzi in qualsiasi modo o forma e con qualunque mezzo informazioni e dati aventi natura*

confidenziale, salvo che agli Assessorati Regionali. Lo sconto negoziato non sarà indicato nella Determinazione di classificazione e prezzo che sarà pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana». D'altronde, la clausola precisa che «Resta fermo l'onere della società, in caso di acquisto della specialità medicinale in oggetto da parte di strutture pubbliche e/o strutture private accreditate sanitarie, di comunicare alle stesse anche le condizioni negoziali di cui al presente accordo, aventi natura confidenziale, non pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana».

Nel disciplinare della gara in esame non vi è alcuna previsione puntuale a tutela di situazione protette da accordi come quello che precede, a differenza di altre procedure di gara indette da altre Stazioni appaltanti, come ricordato da parte ricorrente all'udienza del 17 dicembre 2025: l'art. 14 del disciplinare di gara (recante “*Segreti tecnici e commerciali?*”) stabilisce, infatti, che “*L'operatore economico allega nella busta “Offerta tecnica” una dichiarazione firmata contenente i dettagli dell'offerta coperti da riservatezza, argomentando in modo congruo le ragioni per le quali eventuali parti dell'offerta sono da segretare. Il concorrente a tal fine allega anche una copia firmata della relazione tecnica adeguatamente oscurata nelle parti ritenute costituenti segreti tecnici e commerciali. Resta ferma, la facoltà della Agenzia di valutare la fondatezza delle motivazioni addotte e di chiedere al concorrente di dimostrare la tangibile sussistenza di eventuali segreti tecnici e commerciali?*

Si fa riferimento, quindi, alla sola offerta tecnica: ciò d'altronde, non esclude la possibilità di applicare la previsione normativa dell'art. 35, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 anche con riguardo ad elementi dell'offerta economica.

3.2. La giurisprudenza in materia di sconti confidenziali e diritto di accesso.

Il Consiglio di Stato, ancorché in una fattispecie differente da quella in esame, con la sentenza sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213, ha affrontato il tema dell'accesso agli sconti confidenziali coperti da clausola di riservatezza: si trattava, d'altronde, di una controversia il cui oggetto era in sé la determinazione di AIFA relativa ad un procedimento di negoziazione per la fissazione del prezzo dei farmaci coperti da brevetto, e, rispetto alla

pattuizione della clausola di riservatezza, si poneva il problema di comprendere se quest'ultima si ponesse in contrasto con norme imperative. Nel suo argomentare, il Consiglio di Stato, dopo aver dato conto dell'applicabilità della disciplina generale di cui agli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990 e, in particolare, dell'art. 24, ha escluso la possibilità di invocare, in quel giudizio, la normativa speciale contenuta nell'allora vigente art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016, la quale – come quella odierna di cui all'art. 35 *in parte qua* – se, da un lato, faceva prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, dall'altro lato provvedeva a ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa, con espressa eccezione per “*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?*”.

È a questo proposito che il Consiglio di Stato anzitutto ha affermato che il riferimento al “segreto” commerciale, contenuto nell'art. 53, fosse più rigoroso e stringente di quanto previsto dall'art. 24 che invece parla di “riservatezza” commerciale: ciò si spiegherebbe in relazione allo specifico contesto dell'evidenza pubblica nell'ambito del quale si svolge una vera e propria competizione governata dal principio di concorrenza e da quello di pari trattamento che ne costituisce il corollario endoconcorsuale.

Infatti, essendo la gara basata sulla convenienza dell'offerta economica, ne consegue, secondo il Consiglio di Stato, che le condizioni alle quali essa è aggiudicata, ed il relativo contratto è stipulato, costituiscono la prova ed il riscontro della corretta conduzione della competizione fra gli offerenti, ragion per cui nessuna esigenza di riservatezza potrà essere tale da sottrarre all'accesso «*i dati economici che non siano così inestricabilmente avvinti a quelli tecnici da costituire parte di un segreto industriale*».

Secondo il giudice d'appello, il procedimento di negoziazione punta a perseguire contemporaneamente una pluralità di obiettivi, quali, da un lato, la salute della popolazione, il suo accesso effettivo ai farmaci, il contenimento

della spesa farmaceutica, dall’altro il supporto alle aziende che investono in farmaci innovativi: questi obiettivi possono, e devono, invero, essere raggiunti (per gli acquisti da parte di enti del SSN) attraverso la competizione sui prezzi per il tramite di procedure di evidenza pubblica, qualora il segmento di mercato sia quello comprendente le specialità originali contenenti il principio attivo il cui brevetto è scaduto (i cosiddetti prodotti generici *branded*) e le specialità vendute con il nome del principio attivo (i cosiddetti generici *unbranded*).

Le procedure proconcorrenziali per converso, secondo il Consiglio di Stato, non sono applicabili ed utili per il raggiungimento degli obiettivi sopra indicati, quando il segmento di riferimento è quello dei *farmaci coperti da brevetto che hanno già ottenuto l’autorizzazione alla immissione in commercio e che richiedono di poter essere prescritti a carico del Servizio Sanitario Nazionale*, sulla base di un prezzo di rimborso che tenga anche conto del loro potenziale terapeutico innovativo. *In tale segmento non c’è concorrenza fra i produttori perché ci sono situazioni di monopolio, sia pur transitorie, legate alla protezione brevettuale, indi non v’è il presupposto logico per l’applicazione del principio della gara, e non v’è il presupposto economico per giustificarla, id est la tendenziale uguaglianza tra costo marginale e beneficio marginale per l’acquirente.*

Infatti, sottolinea il Consiglio di Stato, da una lato, il monopolista può portare il prezzo al di sopra del livello di equilibrio senza con ciò subire la sanzione da parte del mercato, come avverrebbe in un sistema competitivo, dall’altro il consumatore che ha un problema di salute potenzialmente risolvibile con un farmaco non è interessato a ricercare il punto di ottimo tra benefici e costi, e soprattutto – con specifico riferimento ai farmaci in fascia A rimborsabili – non è indotto a cercare il prodotto che minimizza i costi, poiché l’onere finanziario per l’acquisto è sostenuto dal Sistema sanitario pubblico sulla base di una decisione pubblica di protezione della salute collettiva.

In tale scenario, la soluzione predisposta da nostro ordinamento, fra le tante opzioni possibili, è stata quella di demandare all’Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) - una volta che la Commissione Tecnica e Scientifica (CTS) ha

valutato l'efficacia del farmaco - il compito di negoziare con l'azienda produttrice il prezzo finale. Il legislatore ha in proposito indicato, attraverso il rinvio statico alla deliberazione CIPE, i quattro parametri che AIFA deve tenere presente nella negoziazione: (i) i prezzi correnti negli altri Stati membri della UE; (ii) i prezzi dei prodotti simili in Italia; (iii) le previsioni di vendita sul mercato; (iv) il rapporto costo/efficacia.

Conclusivamente, secondo il Consiglio di Stato, non venendo in rilievo, in quella controversia, una procedura di evidenza pubblica o procedura analogica (tale da consentire il ricorso alla *analogia legis*), la normativa applicabile non poteva che essere quella di cui all'art. 24, comma 6, lett. d), che fornisce tutela alla “riservatezza” commerciale, senza ulteriori specificazioni, non sussistendo una norma che direttamente o indirettamente vietи, chiaramente e nettamente, la stipula di accordi di riservatezza in relazione agli interessi commerciali di un'impresa.

Sulla scorta della decisione ora menzionata, il Consiglio di Stato, sempre nell'ambito di giudizi simili a quello che precede – quindi non afferenti alle procedure di gara -, ha ribadito che la legittimità del «*diniego di accesso all'accordo sulla rimborsabilità e il prezzo relativo ad un farmaco stipulato tra l'industria produttrice e l'AIFA quando è prevista una clausola di riservatezza.... La pattuizione di sconti “confidenziali” e, cioè, coperti da apposite clausole di riservatezza rappresenta non solo un dato riservato in quanto afferente interessi commerciali delle aziende coinvolte, ma anche un cruciale strumento di interesse pubblico, in grado di realizzare un risparmio di spesa per il pagatore pubblico»*. (Cons. Stato 4 gennaio 2023, n. 135).

Si è ritenuto di indugiare sulla motivazione della decisione del Consiglio di Stato che precede in quanto l'articolata distinzione tra fattispecie “concorrenziali” e fattispecie nelle quali l'aspetto concorrenziale effettivo non sussiste perché vengono in rilievo farmaci coperti da brevetto che determinano situazioni di monopolio, sia pur transitorie, legate alla protezione brevettuale, con conseguente non applicazione del principio della gara, tornerà utile per la decisione della presente controversia.

3.2.1. La decisione del Tar Lazio, sez. III quater, 1 agosto 2019, n. 10219.

Una decisione relativa al diritto all’oscuramento degli “sconti confidenziali” in sede di gara ad evidenza pubblica, è rinvenibile nella sentenza del Tar Lazio sopra indicata, concernente una procedura negoziata nella quale la Stazione appaltante non aveva dato seguito alla richiesta di oscuramento relativamente al prezzo indicato dal concorrente per il farmaco offerto.

Secondo l’operatore economico, la pubblicazione del prezzo avrebbe potuto consentire a terzi di calcolare, direttamente o indirettamente, lo sconto confidenziale negoziato con AIFA.

La differenza della fattispecie oggetto della decisione che precede rispetto a quella in esame nel presente giudizio sta nel fatto che nella prima non risultavano «*evidenze documentali circa la negoziazione tra l’odierna ricorrente e l’AIFA di una clausola di riservatezza dell’accordo sullo sconto*»: pertanto, mancando anche «*specifiche disposizioni normative in merito*», secondo il Tar Lazio non era possibile «*senz’altro inferirsi la natura di “segreto commerciale” del dato in questione*», posto che le disposizioni normative del d.lgs. 50/2016 e del d.lgs. 33/2013, non fondano, ma se mai presuppongono, l’esistenza di un segreto commerciale.

Secondo il Tar, l’informazione inerente lo “sconto” negoziato tra la ricorrente e l’AIFA di per sé non è espressamente qualificata come un segreto commerciale.

Altra differenza rispetto al caso in esame concerne il fatto che, in quel giudizio l’operatore economico, nel partecipare alla gara d’appalto in questione, non risultava aver segnalato la riservatezza, come richiesto dall’art. 53 comma 5 lett. a) d.lgs. 50/2016 secondo cui è esclusa “*la divulgazione delle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali*”.

Il Tar, comunque, proprio in ragione degli elementi di “incertezza” che precedono, ha rimesso alla valutazione della Stazione appaltante l’accertamento in ordine alla necessità di mantenere riservato lo sconto in argomento ed escluderne la pubblicazione ai sensi dell’art. 98, comma 5, d.lgs.

50/2016, a tenore del quale “.... talune informazioni relative all’aggiudicazione dell’appalto o alla conclusione dell’accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l’applicazione della legge, sia contraria all’interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico...” (disposizione oggi contenuta, come visto, nell’art. 111, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023).

Anche in tal caso, le motivazioni della sentenza che precede consentono di valorizzare elementi della fattispecie in esame – in particolare l’esistenza della clausola di riservatezza, e la specifica richiesta di oscuramento effettuata da Argenx – utili a risolvere la questione in ordine alla natura segreta o riservata degli sconti confidenziali e alla relativa possibilità di deroga all’obbligo di trasparenza (e, in caso affermativo, entro quali limiti).

4. Le considerazioni del Collegio.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto è possibile trarre le conclusioni per la decisione della presente controversia.

Va anzitutto chiarito che non è in discussione la legittimità degli sconti confidenziali negoziati con Aifa da Argenx, i quali sono funzionali al raggiungimento di un punto di equilibrio tra l’interesse pubblico a garantire la gratuità dell’accesso alle cure pur nel rispetto dei vincoli di sostenibilità economica del SSN, da un lato, e l’interesse dell’azienda farmaceutica ad ottenere la giusta remunerazione per i costi di ricerca e sviluppo sostenuti, dall’altro.

Ciò detto, ai fini dell’applicabilità della previsione di cui all’art. 35, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023, non è rilevante il fatto, in sé considerato, che la procedura di gara nel caso di specie fosse “aperta” anziché “negoziata”, perché gli obblighi e i limiti di pubblicazione e trasparenza sono sostanzialmente i medesimi (in disparte il possibile rilievo della intrinseca irrazionalità della scelta di una procedura aperta a fronte di un unico fornitore, stante la copertura brevettuale del farmaco richiesto; ma questo è un profilo che non ha alcuna incidenza nell’esame della presente controversia, non

essendo peraltro configurabile un onere per l'impresa di impugnazione, sotto tale aspetto, dell'atto di indizione della gara; di qui la non condivisibilità dell'eccezione sollevata da Intercent in ordine alla necessità, per Argenx, di impugnare il bando di gara, anche in considerazione del fatto che la tipologia di procedura di scelta del contraente, oltre a non aver in alcun modo inciso sull'aggiudicazione dell'appalto in favore di Argenx – unica partecipante relativamente al lotto 211 -, non gioca alcun ruolo rispetto a regole, quelle sulla trasparenza, che sono evidentemente comuni, specie laddove venga in rilievo, come in questo caso, non tanto l'interesse all'accesso di concorrenti controinteressati nell'ambito dello specifico lotto aggiudicato, ma la questione – più ampia - della pubblicità degli atti di gara sulla piattaforma, nella banca dati ANAC e sul sito Amministrazione trasparente, con particolare riguardo al prezzo offerto).

Sotto altro profilo, Intercent ha eccepito che la conformazione del lotto 211 impedirebbe di ricavare il dato specifico sullo sconto confidenziale tra AIFA e ARGENX.

Il lotto n. 211 è, come detto, composto da due sublotti, per due farmaci con diversa AIC e dosaggi differenti (sublotto 1: soluzione iniettabile 400 mg; sublotto 2: soluzione per infusione 1000 mg).

Di essi è noto solo il quantitativo posto a gara e l'importo a base d'asta unitario.

Secondo Intercent, il prezzo di aggiudicazione resterebbe unitario per i due sublotti, e la sua diffusione non permetterebbe in ogni caso di risalire al diverso sconto confidenziale applicato per i due farmaci con diversa AIC. Ciò in quanto il prezzo pubblicato sarebbe la somma dei prezzi proposti per ciascun sublotto e dunque non consentirebbe di calcolare quale sia lo sconto confidenziale su ciascuno dei due prodotti che compongono il lotto unitario.

Dall'esame dell'allegato al provvedimento di aggiudicazione comunicato da Intercent, d'altronde, sotto la voce “valore offerto”, risulta tanto l'importo complessivo, quanto gli importi dei due lotti.

Peraltro, va rilevato come il “valore offerto” di cui sopra corrisponda al valore a base d’asta.

In disparte ogni considerazione in ordine ad una gara nella quale evidentemente non vi è stato alcun ribasso e il prezzo offerto è esattamente quello a base d’asta, va evidenziato il fatto che se ad essere pubblicato non è solo il prezzo complessivo, ma anche i singoli importi offerti per i due lotti non è escludibile la possibilità di determinare con un calcolo matematico lo sconto confidenziale di riferimento, laddove sia possibile altresì dagli atti di gara comprendere la quantità di prodotto richiesto.

Infatti, occorre considerare che, per stessa previsione del progetto tecnico, (si veda art. 3, recante “calcolo dell’importo di gara”), «la determinazione delle basi d’asta per ciascun lotto di fornitura è stata effettuata attraverso un’analisi comparativa dei prezzi di mercato, con l’obiettivo di garantire la congruità economica delle offerte e promuovere la concorrenzialità tra gli operatori economici. In particolare, il benchmark si è basato sui seguenti criteri: (prezzi praticati in precedenti Convenzioni di Intercent-ER, con riferimento a iniziative analoghe per tipologia di farmaco e formato; (prezzi unitari a base d’asta o di aggiudicazione delle più recenti gare espletate da altri Soggetti Aggregatori regionali o da singole Aziende Sanitarie su tutto il territorio nazionale, laddove disponibili; (*prezzo ex factory, ossia il prezzo di fabbrica ufficiale comunicato dall’azienda farmaceutica al Ministero della Salute e pubblicato nel database dell’AIFA, utilizzato come ulteriore parametro di riferimento;* (l’analisi dei prezzi degli ordini non discendenti da convenzioni quadro».

In particolare, atteso quanto sopra detto in ordine all’accordo con AIFA e alle relative AIC che vengono in rilievo con riguardo al lotto 211, data la quantità di prodotto richiesta, il prezzo ex factory e il valore offerto per il singolo sub-lotto, sembrerebbe possibile ricostruire lo sconto confidenziale in questione.

Il fatto che, quantomeno, vi sia incertezza sulla possibile conoscibilità indiretta degli sconti confidenziali attraverso la pubblicizzazione di tutti gli altri dati economici emergenti dagli atti di gara, pone la necessità di risolvere il quesito

se gli sconti confidenziali tutelati, nell'accordo tra operatore e AIFA, da una clausola di riservatezza, rappresentino una informazione tale da integrare un segreto commerciale nel senso sopra ricordato e se, quindi, sia compatibile con il sistema di tutela della trasparenza delineato dal d.lgs. n. 36 del 2023 l'oscuramento degli elementi economici dai quali è possibile ricavare la quantità di sconto offerto, compreso il prezzo finale complessivo aggiudicato. A tal proposito, occorre affrontare l'eccezione di Intercent secondo la quale Argenx non avrebbe indicato in alcun modo quale pregiudizio potrebbe subire dalla pubblicazione del prezzo di aggiudicazione, considerando che nessun'altra industria farmaceutica potrebbe utilizzare quell'elemento in chiave competitiva con Argenx, almeno fino al 2037.

Secondo Intercent non sussisterebbe un interesse attuale a mantenere “segreto” il prezzo effettivo di cessione al SSN, dato che non è prevista alcuna apertura al mercato né imminente né prossima.

Come accennato, infatti, il Vygart®, essendo farmaco coperto da brevetto, è stato definito dalla *lex specialis*, e in particolare nella tabella prodotti, come “esclusivo”, e questa è la ragione per la quale sono indicati specificamente gli AIC nei due sublotti. Correlativamente, l'unica offerta pervenuta per il lotto n. 211 non poteva che essere quella di Argenx.

Quindi, secondo l'Amministrazione resistente Argenx, non avendo *competitors* sul mercato sino al 2037, non avrebbe di ché dolersi attualmente visto che tra dieci anni molto probabilmente, scaduto il brevetto e la tutela CCP, sarà necessario rinegoziare un nuovo presso con AIFA.

L'eccezione, per quanto suggestiva, non persuade.

In primo luogo, va rilevato che parte ricorrente ha fondato la propria richiesta di oscuramento sulla presenza della clausola di riservatezza contenuta nell'Accordo con AIFA.

Fermo restando l'obbligo di comunicare i dati economici in questione alle aziende sanitarie interessate, e pur tenuto conto del fatto che il farmaco in questione è in classe H – sì che non può essere venduto in farmacia privata,

ma va dispensato solo da farmacia ospedaliera o ASL – comunque non può escludersi che la conoscenza “pubblica” dello sconto confidenziale possa creare un *vulnus* concorrenziale anzitutto in relazione a mercati esteri, laddove eventualmente altri Stati o Amministrazioni di altri Stati intendessero utilizzare quel ribasso come “benchmark” di riferimento per le procedure di gara; inoltre, comunque, rendere pubblico lo sconto confidenziale concordato con AIFA potrebbe incidere sul potere contrattuale dell’impresa nel negoziare gli sconti, differenziando i prezzi; inoltre, potrebbe determinarsi un’incidenza sulle strategie di mercato legate al lancio e alla commercializzazione sul territorio italiano di prodotti innovativi, attraverso accordi di ingresso come quello stipulato con AIFA, perché il costo “reale” scontato potrebbe essere poi considerato il costo netto ed effettivo, a fronte di un prezzo di listino più alto.

Insomma, non è possibile realmente escludere un’esigenza di tutela di interessi commerciali correlati alla riservatezza del dato relativo agli sconti confidenziali.

A tal proposito, in considerazione di quanto detto al punto 2 che precede, deve ritenersi che gli sconti confidenziali rientrino tra gli elementi di carattere economico dell’offerta idonei a costituire informazioni per le quali sussiste un legittimo interesse dell’operatore economico alla riservatezza e, per i quali sussistono i requisiti di riservatezza che legittimano una tutela eccezionale ai sensi dell’art. 35, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023, derogatoria del principio generale di trasparenza.

Anzitutto, infatti, si tratta di informazioni dall’indubbio valore commerciale ed economico.

In secondo luogo, si tratta di informazioni “riservate” perché specificamente sottoposte a misure atte a garantirne la non conoscibilità: la clausola di riservatezza, infatti, è vero che costituisce una pattuizione contenuta nell’ambito di un accordo tra il solo operatore economico e AIFA, ma

rappresenta comunque uno strumento idoneo a limitare sensibilmente la possibilità per i terzi di conoscere il dato economico in questione.

Rafforza questa considerazione la decisione del Tar Lazio sopra ricordata: in quel caso, infatti, la mancanza della prova dell'esistenza di una clausola come quella in esame ha determinato non tanto il rigetto della domanda di oscuramento quanto la necessità che l'Amministrazione accertasse in concreto la natura segreta degli sconti.

In più nel caso di specie la ricorrente ha, come detto, provveduto puntualmente a richiedere l'oscuramento anche degli atti di gara sì da garantire la non conoscibilità anche in relazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Infine, si è detto di come non è possibile escludere che la diffusione del dato economico in questione possa pregiudicare i legittimi interessi commerciali della ricorrente, possa recare pregiudizio alla concorrenza leale e possa addirittura ledere gli stessi interessi pubblici legati anche all'approvvigionamento tempestivo e adeguato di prodotti innovativi come quello in esame.

Viene infine da chiedersi se, pur a fronte della natura indubbiamente riservata degli sconti, seguendo le argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1213 del 2017 indicate al punto 3.2. che precede, il fatto che nel caso di specie venga in rilievo una procedura di gara escluda *tout court* un diritto di Argenx all'oscuramento, costituendo, il prezzo del prodotto offerto, nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione di un appalto di fornitura, un elemento in sé necessariamente pubblico, in quanto parametro fondamentale e ineludibile per l'*accountability* della decisione di aggiudicazione.

Il Collegio ritiene di dover dare una risposta negativa a tale domanda.

Anzitutto, va sottolineato come la differenza tra “segreti” e “informazioni riservate” posta in evidenza dal Consiglio di Stato non possa incidere, interpretando l'art. 35, comma 4, in conformità all'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, sulla applicabilità della disciplina eccezionale limitativa

dell'ostensione anche alle "informazioni riservate", purché esse presentino quegli elementi specifici di tutela più sopra ricordati.

Con riguardo, poi, al fatto che nel caso di specie viene in rilievo una procedura ad evidenza pubblica, va sottolineato come, per stessa ammissione di Intercent, si tratta di una procedura che seppure formalmente "aperta", si presentava, nella sostanza e fin dall'inizio, con riferimento ai due sub lotti del lotto 211, come una procedura destinata a ricevere in modo necessitato la sola offerta di Argenx.

Ciò in quanto il Vyvgart®, è farmaco "orfano" coperto da brevetto, e commercializzato in esclusiva in Italia da Argenx , tanto che la stessa Intercent nel progetto di gara aveva indicato entrambi i lotti come "esclusivi": non a caso, come detto, l'unica offerta pervenuta per il lotto n. 211 è stata quella di Argenx.

Siamo di fronte, cioè, solo ad un simulacro di quella fattispecie "proconcorrenziale" indicata dal Consiglio di Stato per affermare l'applicabilità della disciplina dell'art. 53 (oggi 35) del codice dei contratti pubblici: piuttosto, nella sostanza, in questo caso viene in rilievo una situazione nella quale il segmento di riferimento è quello dei *farmaci coperti da brevetto che hanno già ottenuto l'autorizzazione alla immissione in commercio e che richiedono di poter essere prescritti a carico del Servizio Sanitario Nazionale*, sulla base di un prezzo di rimborso che tenga anche conto del loro potenziale terapeutico innovativo. *In tale segmento non c'è concorrenza fra i produttori perché ci sono situazioni di monopolio, sia pur transitorie, legate alla protezione brevettuale, indi non v'è il presupposto logico per l'applicazione del principio della gara, e non v'è il presupposto economico per giustificarla, id est la tendenziale uguaglianza tra costo marginale e beneficio marginale per l'acquirente.*

In questo senso, allora, può trovare tutela l'informazione riservata correlata agli sconti confidenziali, ma, come accennato, venendo in rilievo un delicato bilanciamento tra trasparenza, interessi commerciali del singolo operatore,

interessi pubblici e principio di concorrenza, la soluzione da adottare deve essere conforme al principio di proporzionalità.

In questo senso, la tutela correlata alla clausola di riservatezza deve poter essere bilanciata, per quanto possibile con l'interesse pubblico alla trasparenza dei contratti pubblici, sì che l'oscuramento “totale” degli elementi rappresentativi dell'offerta economica, in particolare con riguardo al prezzo offerto, deve essere l'*extrema ratio*.

In questo senso, deve certamente ritenersi necessario oscurare ed escludere, comunque, dalla pubblicazione tanto il contenuto della clausola dell'accordo confidenziale relativa agli sconti per i quali è causa, quanto l'indicazione dell'importo praticato in concreto quale sconto nell'offerta economica da Argenx.

Per contro, si dubita che nel caso di specie si debba necessariamente giungere all'oscuramento anche del prezzo offerto finale: infatti, il prezzo offerto, così come quello a base d'asta sono certamente due elementi, come visto, caratterizzanti e centrali ai fini del rispetto del principio di trasparenza, specie in ambito di procedure relative all'ambito sanitario.

Si tratta, quindi, di valutare, in concreto quali altri elementi dell'offerta sia possibile oscurare per evitare la determinazione anche indiretta degli sconti confidenziali.

In questo senso, ad esempio, da quanto emerge dagli atti sembrerebbe in effetti poter essere sufficiente oscurare anzitutto i dati relativi al prezzo offerto per i due sub-lotti (posto che dagli atti di gara non risulta in realtà una corrispondente distinzione degli importi a base d'asta per i due lotti, ma solo l'importo unico complessivo); inoltre, un'altra informazione oscurabile è quella relativa ai quantitativi di medicinale richiesti ed offerti.

In entrambi i casi, infatti, si tratta di informazioni che comunque devono essere fornite alle ASL e ospedali interessati, ma che possono essere escluse dalla pubblicazione in favore di terzi, salvo, ovviamente, la possibilità per gli

stessi di far valere i diritti di cui al comma 5 dell'art. 35, che integra la controecezione alla previsione di cui al comma 4.

5. Conclusioni e spese.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto nei limiti indicati nella motivazione che precede, e, per l'effetto, deve essere:

1. accertato e dichiarato il diritto di Argenx ad ottenere l'oscuramento:
 - a) dei dati e delle informazioni contenute nell'offerta e negli atti di gara relativi alla clausola relativa agli sconti confidenziali di cui all'accordo confidenziale stipulato con AIFA per il prodotto oggetto del lotto 211, nonché dei dati e delle informazioni contenute nell'offerta e negli atti di gara in ordine allo sconto concretamente praticato da Argenx nella procedura per la quale è causa;
 - b) dei seguenti dati e informazioni costituenti possibili fonti di conoscenza indiretta degli sconti confidenziali: il prezzo offerto da Argenx in ordine ai singoli sub-lotti, mantenendo però la pubblicazione del prezzo offerto complessivo; le quantità di prodotto medicinale richieste dalla legge di gara e offerte da Argenx.
2. annullato il provvedimento impugnato nella parte in cui respinge l'istanza di non ostensione formulata da parte ricorrente;
3. ordinato, conseguentemente, all'Amministrazione resistente di procedere all'oscuramento nei termini di cui al punto 1 che precede.

Le spese di lite, attesa la novità e particolarità della controversia, devono essere integralmente compensate

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti indicati in motivazione, e, per l'effetto,

1. accerta e dichiara il diritto di Argenx ad ottenere l'oscuramento:
 - a) dei dati e delle informazioni contenute nell'offerta e negli atti di gara relativi alla clausola relativa agli sconti confidenziali di cui all'accordo confidenziale

stipulato con AIFA per il prodotto oggetto del lotto 211, nonché dei dati e delle informazioni contenute nell'offerta e negli atti di gara in ordine allo sconto concretamente praticato da Argenx nella procedura per la quale è causa;

b) dei seguenti dati e informazioni costituenti possibili fonti di conoscenza indiretta degli sconti confidenziali: il prezzo offerto da Argenx in ordine ai singoli sub-lotti, mantenendo però la pubblicazione del prezzo offerto complessivo; le quantità di prodotto medicinale richieste dalla legge di gara e offerte da Argenx.

2. annulla il provvedimento impugnato nella parte in cui respinge l'istanza di non ostensione formulata da parte ricorrente;

3. ordina, conseguentemente, all'Amministrazione resistente di procedere all'oscuramento nei termini di cui al punto 1 che precede.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Carpentieri, Presidente

Alessio Falferi, Consigliere

Paolo Nasini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Nasini

IL PRESIDENTE
Paolo Carpentieri

IL SEGRETARIO