

Contemperamento in concreto tra “accesso difensivo” e segretezza tecnica e commerciale.

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 25-1-2025

L'art. 35, comma 5, cit. consente, proprio con riferimento alla menzionata lett. a) del comma 4, l'accesso al concorrente che lo richieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di gara nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso. Il co. 5, quindi, può essere considerato come una “eccezione all'eccezione”, in quanto consente una riesplorazione e riaffermazione del diritto di accesso.

Ne deriva, come chiarito più volte dalla giurisprudenza, che nell'analisi del caso concreto sotteso al suo esame, il giudice amministrativo deve verificare se è stata fatta corretta applicazione di quanto sopra o meglio se vi è stato un corretto bilanciamento tra le esigenze di trasparenza nell'acquisizione documentale, funzionali ad un pieno esercizio del diritto di difesa da parte del concorrente istante, e la salvaguardia della segretezza (tecnica e commerciale) per i concorrenti controinteressati rispetto all'anzidetta istanza.

Si ritiene, anche sulla scorta della giurisprudenza formatasi sul tema, che il controllo da eseguire sia triplice:

- in primo luogo, andrà verificato che rispetto al diniego di accesso vi sia stata una “motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente”; detto altrimenti, il sancito limite all'ostensibilità è, però, subordinato all'espressa manifestazione di interesse da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, con cui provi l'effettiva sussistenza di un segreto tecnico o commerciale;*
- dopodichè, andrà appurato che le informazioni richieste rientrino nel concetto di “segreto tecnico o commerciale”, come ritenuto da chi si oppone all'ostensione;*
- infine, in caso di esito favorevole alla controinteressata dei precedenti controlli, bisognerà verificare se l'istante abbia o meno una concreta necessità (da guardarsi in termini di “stretta indispensabilità”) di utilizzo della documentazione richiesta in uno specifico giudizio; in effetti, come chiarito anche dal Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220 già sotto la vigenza del codice precedente, alla luce degli interessi in gioco e del tenore della norma, non c'è un'automatica presunzione assoluta di prevalenza dell'accesso “difensivo” rispetto alla tutela della segretezza tecnica e commerciale, poiché l'istanza di accesso agli atti nell'ambito di una gara pubblica impone ragionevolmente di dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità di uso dell'atto in giudizio; cioè, l'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di “difesa in giudizio”, previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.*

N. 23047/2024 REG.PROV.COLL.

N. 12784/2024 REG.RIC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12784 del 2024, proposto da Bar Banqueting srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Dinelli, Maria Eugenia Albé, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sport e Salute spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Ranieri, Fabio Cintioli, Paolo Giugliano, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

nei confronti

Fast Eat Italy srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mattia Matarazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della decisione di oscurare parzialmente l'offerta della Fast Eat Italy S.r.l. (seconda graduata), contenuta nella comunicazione dell'aggiudicazione trasmessa in data 18 novembre 2024 nonché per la condanna della Stazione appaltante all'ostensione dei documenti richiesti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fast Eat Italy srl e di Sport e Salute spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2024 il dott. Giovanni Mercone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Bar Banqueting srl ha impugnato la nota Prot. SES_2024_0006881 di Sport e Salute spa con la quale, oltre a comunicare l'aggiudicazione della "*Procedura telematica aperta per l'affidamento in regime di concessione, ai sensi dell'art. 179 e seguenti del D.Lgs. n. 36/2023, dei servizi di somministrazione e vendita di alimenti e bevande, caffetteria, ristorazione e catering presso l'area del Parco del Foro Italico in Roma. R.A. 152/24/PA - CIG B1B72BA506*" in favore di RTI Ristogest srl, è stata accolta parzialmente la richiesta di Fast Eat Italy srl (seconda classificata) di oscuramento della propria offerta tecnica, ai sensi dell'art. 36 co. 2 D. Lgs. n. 36/2023; nello specifico, in forza dell'opposizione di Fast Eat Italy srl, sono stati considerati ostensibili soltanto i paragrafi E.1, G.1 e G.2, dato che per gli altri, Sport e Salute spa, ha ritenuto dover far applicazione dell'art. 35 co. 4 lett. a) D. Lgs. n. 36/2023.

2. La ricorrente, nello specifico, dopo aver premesso, malgrado la sua posizione in graduatoria (terza), di avere un interesse ad accedere all'offerta tecnica di Fast Eat Italy srl, articola un'unica censura, evidenziando come l'oscuramento quasi per intero dell'offerta di Fast Eat Italy srl si pone in palese violazione della normativa in materia: A) Innanzitutto, perché la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità; B) inoltre, perché la c.d. riservatezza tecnica ha, comunque, carattere recessivo rispetto al c.d. accesso agli atti difensivo; C) ancora, perché l'amministrazione si sarebbe limitata a motivare in modo inadeguato l'atto; D) infine, perché, data la tipologia di servizio oggetto della gara (cioè il servizio di ristorazione) appare, già sul piano astratto, difficile individuare dei segreti tecnici e commerciali.

3. Si sono costituiti in giudizio Sport e Salute spa e Fast Eat Italy srl.

4. All'udienza camerale del 16.12.2024, sentiti i difensori, la causa è stata portata in decisione.

5. Preliminarmente, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., è stato dato avviso alle parti della possibile inammissibilità del ricorso.

In effetti, come eccepito anche da Sport e Salute spa, la stessa ricorrente ammette che l'interesse alla conoscenza dell'offerta tecnica della Fast Eat Italy srl non è ancora attuale. La ricorrente, infatti, terza classificata in graduatoria, oltre ad aver ottenuto un punteggio molto inferiore rispetto a quello della Fast Eat Italy srl, non ha indicato, nemmeno in linea di massima, eventuali vizi dell'aggiudicazione in favore della Ristogest srl, pur avendo a disposizione, rispetto a quest'ultima, tutti gli atti necessari a tale scopo.

6. In proposito, il Collegio ritiene che il ricorso proposto sia ammissibile.

Invero, quanto al profilo della legittimazione e dell'interesse all'accesso, è del tutto evidente che la posizione di terzo in graduatoria conseguita da Bar Banqueting srl costituisce posizione legittimante l'istanza di accesso di tipo "difensivo" all'offerta tecnica di Fast Eat Italy srl: l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, già nota in ragione di quanto previsto dall'art. 36 co. 1 D. Lgs. n. 36/2023, e l'offerta tecnica del secondo in graduatoria, ovvero dei due concorrenti che precedono la ricorrente, attengono alle posizioni che devono necessariamente essere "attaccate" in sede giurisdizionale affinché la Bar Banqueting srl possa (in caso di esito positivo dell'impugnazione) sperare di risultare aggiudicataria della gara (cfr., per un caso analogo, di recente TAR Lazio, Roma, sez. II ter, n. 21628/2024).

7. Venendo al merito, per ragioni di sinteticità, può subito evidenziarsi che risultano fondati i motivi di ricorso collegati alla violazione degli artt. 35 e 36 D. Lgs. n. 36/2023.

7.1 Deve preliminarmente evidenziarsi che il problema giuridico sotteso alla decisione in commento riguarda la corretta esegesi di quanto stabilito dell'art. 35 D. Lgs. cit., rubricato "Accesso agli atti e riservatezza", che, pur riportandosi alla disciplina generale sull'accesso di cui agli artt. 22 e ss. l. 241/1990, aggiunge delle speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza che sogliono manifestarsi e assumere rilievo nel contesto delle procedure evidenziali (cfr. Cons. di Stato, sez. V, n. 64/2020).

Ai fini che qui interessano, il comma 4 dell'art. 35 cit., recependo le indicazioni dell'art. 21 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 39 della direttiva 2014/25/UE e dell'art. 28 della direttiva 2014/23/UE, prevede alcune ipotesi di esclusione dal diritto di accesso, interferendo con la disciplina generale di cui ai primi tre commi dell'art. 24 l. n. 241/1990. In particolare, il comma 4, lett. a), esclude il diritto di accesso 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" (per meglio comprendere il significato di tale locuzione si veda l'art. 98 D. Lgs. n. 30/2005).

Dunque, la norma salvaguarda, nell'ottica di garantire e non di derogare alla corretta competizione fra imprese, l'interesse di chi partecipa ad una gara, nel senso che non vi è "un'indiscriminata accettazione del rischio di divulgazione di segreti tecnici o commerciali", che, almeno in principio, sono sottratti, dato il loro specifico valore concorrenziale, ad ogni forma di divulgazione, come indicato dalla disposizione in commento.

Tuttavia, posto che trasparenza e riservatezza sono valori primari per l'azione amministrativa, il citato divieto di accesso non è assoluto.

Infatti, l'art. 35, co. 5, cit. consente, proprio con riferimento alla menzionata lett. a) del comma 4, l'accesso al concorrente che lo richieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di gara nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso. Il co. 5, quindi, può essere considerato come una "eccezione all'eccezione", in quanto consente una riesplorazione e riaffermazione del diritto di accesso.

Ne deriva, come chiarito più volte dalla giurisprudenza, che nell'analisi del caso concreto sotteso al suo esame, il giudice amministrativo deve verificare se è stata fatta corretta applicazione di quanto sopra o meglio se vi è stato un corretto bilanciamento tra le esigenze di trasparenza nell'acquisizione documentale, funzionali ad un pieno esercizio del diritto di difesa da parte del concorrente istante, e la salvaguardia della segretezza (tecnica e commerciale) per i concorrenti controinteressati rispetto all'anzidetta istanza.

7.2 Nel procedere a tale verifica, si ritiene, anche sulla scorta della giurisprudenza formatasi sul tema, che il controllo da eseguire sia triplice:

- in primo luogo, andrà verificato che rispetto al diniego di accesso vi sia stata una "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente"; detto altrimenti, il sancito limite all'ostensibilità è, però, subordinato all'espressa manifestazione di interesse da parte dell'impresa interessata, cui incombe l'onere dell'allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, con cui provi l'effettiva sussistenza di un segreto tecnico o commerciale;

- dopodiché, andrà appurato che le informazioni richieste rientrino nel concetto di "segreto tecnico o commerciale", come ritenuto da chi si oppone all'ostensione;

- infine, in caso di esito favorevole alla controinteressata dei precedenti controlli, bisognerà verificare se l'istante abbia o meno una concreta necessità (da guardarsi in termini di "stretta indispensabilità") di utilizzo della documentazione richiesta in uno specifico giudizio; in effetti, come chiarito anche dal Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220 già sotto la vigenza del codice precedente, alla luce degli interessi in gioco e del tenore della norma, non c'è un'automatica presunzione assoluta di prevalenza dell'accesso "difensivo" rispetto alla tutela della segretezza tecnica e commerciale, poiché l'istanza di accesso agli atti nell'ambito di una gara pubblica impone ragionevolmente di dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità di uso dell'atto in giudizio; cioè, l'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di "*difesa in giudizio*", previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.

8. Facendo applicazione delle regole e dei principi di cui sopra nel caso di specie, il Collegio ritiene che, innanzitutto, manchi agli atti una "motivata e comprovata dichiarazione" di riservatezza di Fast Eat Italy srl all'ostensione. Ovvero, non risulta che la controinteressata abbia adeguatamente motivato la sua opposizione, dato che agli atti vi è una dichiarazione solo generica sul fatto che la maggior parte delle informazioni contenute nell'offerta tecnica rientrano nel novero di quelle tutelate ai sensi dell'art. 98 D. Lgs. n. 30/2005, dichiarazione, però, non giustificata per ognuna delle parti in cui è poi stata suddivisa la citata offerta. In sintesi, la controinteressata non ha puntualmente indicato le singole parti dell'offerta tecnica da oscurare e le ragioni sottese a ognuna di esse, limitandosi, in senso generale, ad opporsi all'ostensione.

10. Pur volendo soprassedere su tale assorbente rilievo, si ritiene, inoltre, che le informazioni oscurate non possano essere sussunte, questo sicuramente in buona parte, nel concetto di

“segreti tecnici o commerciali”.

Basti, al riguardo, considerare che è stata oscurata per intero da Sport e Salute spa anche la parte sulle “proposte gastronomiche”, rispetto alla quale è evidentemente molto difficile immaginare l’esistenza di un segreto del tipo di quelli tutelati dall’art. 35 comma 4 lett. a) D. Lgs. 36/2023. Senza tralasciare, inoltre, sempre in termini generali, che il settore oggetto della gara, quello della ristorazione, è caratterizzato da elevati tassi di standardizzazione delle filiere e delle pratiche aziendali ampiamente diffuse fra gli operatori (si veda, per un caso analogo a quello in oggetto, TAR Veneto, 5 novembre 2024, n. 2605).

9. La mancanza di elementi tali da ricondurre le parti oscurate nell’alvo dell’art. 35 cit., consente di non dover affrontare la questione ultima tra quelle segnalate (inerente la prevalenza del diritto di difesa sulla riservatezza), questione sulla quale, come evidenziato dalla difesa di Fast Eat Italy srl, di recente è stata rimessa una questione alla CGUE (Cons. di Stato, ord. n. 8278/2024). La problematica, comunque, per quanto ritenuto sopra, non ha alcuna incidenza nella specie (mancando a monte informazioni riservate da dover salvaguardare), circostanza che permette anche di soprassedere sulla richiesta di sospensione del giudizio in attesa della pronuncia da parte della Corte sovranazionale avanzata dalla controinteressata.

10. In definitiva, nel caso in oggetto non vi sono gli elementi per far scattare il disposto dell’art. 35 co. 4 lett. a) D. Lgs. cit., con la conseguenza che deve annullarsi il provvedimento impugnato e disporsi che Sport e Salute spa renda ostensibile per intero l’offerta tecnica presentata da Fast Eat Italy alla ricorrente.

11. La particolarità della questione affrontata consente di compensare le spese di lite, salvo disporre la rifusione del contributo unificato a carico di Sport e Salute spa, che dovrà restituirlo alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, lo accoglie e, per l’effetto:

- annulla la nota Prot. SES_2024_0006881 di Sport e Salute spa con la quale, oltre a comunicare l’aggiudicazione della “*Procedura telematica aperta per l’affidamento in regime di concessione, ai sensi dell’art. 179 e seguenti del D.Lgs. n. 36/2023, dei servizi di somministrazione e vendita di alimenti e bevande, caffetteria, ristorazione e catering presso l’area del Parco del Foro Italico in Roma. R.A. 152/24/PA - CIG B1B72BA506*” in favore della ricorrente, è stata accolta parzialmente la richiesta di Fast Eat Italy srl (seconda classificata) di oscuramento della propria offerta tecnica, ai sensi dell’art. 36 co. 2 D. Lgs. n. 36/2023;

- dispone che Sport e Salute spa renda ostensibile per intero l’offerta tecnica della controinteressata alla ricorrente entro 10 giorni dalla comunicazione, in via amministrativa, della presente sentenza ovvero dalla notifica, se antecedente;

- compensa le spese di lite, salvo la rifusione del contributo unificato a carico di Sport e Salute spa, che dovrà restituirlo alla parte ricorrente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Francavilla, Presidente

Giovanni Mercone, Referendario, Estensore

Silvia Simone, Referendario

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **23047** del 19 dicembre 2024, la **Sezione I ter del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio** si è occupata della tematica relativa al **corretto bilanciamento tra le esigenze di trasparenza nell'acquisizione documentale, funzionali ad un pieno esercizio del diritto di difesa da parte del concorrente istante, e la salvaguardia della segretezza (tecnica e commerciale) per i concorrenti controinteressati rispetto all'anzidetta istanza.**

Il diritto di accesso in materia di contrattualistica pubblica è disciplinato dagli **artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023.**

L'art. 35 prevede che **il diritto di accesso**, così come ogni forma di divulgazione, **possa essere escluso 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.** Tuttavia, il comma 4 del medesimo articolo disciplina **un'eccezione alla suddetta esclusione**, prevedendo che **l'accesso debba essere comunque consentito se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici in relazione alla procedura di gara.**

Pertanto, come innanzi detto, si tratta di operare un contemperamento tra le esigenze di trasparenza e acquisizione documentale finalizzate all'esercizio del diritto di difesa e il diritto alla segretezza tecnica e commerciale da parte dei partecipanti alla procedura di gara.

Quindi, in tali ipotesi, occorre compiere un **esame concreto della fattispecie** che viene in rilievo; nell'effettuare tale verifica, secondo giurisprudenza formatasi sul tema, si ritiene che **il controllo da eseguire sia triplice:**

- in primo luogo, **andrà verificato che rispetto al diniego di accesso vi sia stata una "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente"**; detto altrimenti, il sancito limite

all'ostensibilità è, però, subordinato all'espressa manifestazione di interesse da parte dell'impresa interessata, cui incombe **l'onere dell'allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, con cui provi l'effettiva sussistenza di un segreto tecnico o commerciale;**

- dopodiché, **andrà appurato che le informazioni richieste rientrino nel concetto di "segreto tecnico o commerciale"**, come ritenuto da chi si oppone all'ostensione;

- infine, in caso di esito favorevole alla controinteressata dei precedenti controlli, **bisognerà verificare se l'istante abbia o meno una concreta necessità (da guardarsi in termini di "stretta indispensabilità") di utilizzo della documentazione richiesta in uno specifico giudizio;** in effetti, come chiarito anche dal **Consiglio di Stato, sez. V, 1° luglio 2020, n. 4220** già sotto la vigenza del codice precedente, alla luce degli interessi in gioco e del tenore della norma, **non c'è un'automatica presunzione assoluta di prevalenza dell'accesso "difensivo" rispetto alla tutela della segretezza tecnica e commerciale, poiché l'istanza di accesso agli atti nell'ambito di una gara pubblica impone ragionevolmente di dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità di uso dell'atto in giudizio;** cioè, l'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di "*difesa in giudizio*", previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, co. 7, l. n. 241 del 1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale.