



**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 il Lazio**

**(Sezione Prima Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 12714 del 2024, proposto da Ristogest srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Cassamagnaghi, Anna Cristina Salzano, 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 nota prot. SES\_2024\_0006881 di Sport e Salute spa di comunicazione della 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 del RTI Ristogest srl nella parte in cui, in accoglimento della richiesta Fast Eat Italy srl ha disposto l'oscuramento parziale, ai sensi del comma 2, dell'art. 36 del D. Lgs.36/2023, dell'offerta tecnica di tale concorrente, nonché del provvedimento, di contenuto ignoto, con il quale ha parzialmente accolto l'opposizione presentata a tal fine da Fast Eat Italy srl;

- di ogni atto presupposto, preparatorio, conseguente e connesso a quello sopraindicato, ivi compresi quelli relativi all'eventuale istruttoria svolta da Sport e Salute spa;

oltre che per l'accertamento e la dichiarazione del diritto della ricorrente ad accedere all'offerta tecnica integrale presentata in gara da Fast Eat Italy srl; e per la conseguente condanna della resistente al rilascio dei documenti richiesti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

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. Ristogest 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 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; 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, ha articolato un'unica censura, evidenziando come l'oscuramento quasi per intero dell'offerta di Fast Eat Italy srl si pone in palese violazione degli artt. 35 e 36 D. Lgs. n. 36/2023 per più ragioni: A) Innanzitutto, perché

la *ratio* della disciplina sull'accesso introdotta dal D. Lgs. n. 36/2023 è quella di garantire agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria la disponibilità, attraverso le piattaforme di *e-procurement*, degli atti della procedura nonché delle offerte dagli stessi presentate; pertanto, dovrebbe essere contenuta al minimo ogni eccezione a tale regola; B) in secondo luogo, perché l'amministrazione si sarebbe limitata a motivare in modo inadeguato l'atto, non avendo, neppure sinteticamente, illustrato le ragioni di segretezza addotte dalla controinteressata; C) 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, ma sorgerà solo qualora quest'ultima proponga un ricorso avverso l'aggiudicazione in favore della Ristogest srl.

6. Per la risoluzione dell'anzidetta questione è necessario riportare quanto attualmente previsto dal nuovo codice degli appalti sull'accesso.

Orbene, per quanto di interesse nella vicenda in esame, deve osservarsi che gli artt. 35 e 36 D. Lgs. n. 36/2023, pur richiamando, in generale, quanto stabilito dalla l. n. 241/1990 (sull'accesso c.d. procedimentale o ordinario) e dagli artt. 5 e 5 bis D. Lgs. n. 33/2013 (sull'accesso civico), prevedono delle regole del tutto autonome per l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

Tra queste assume rilevanza nel caso di specie quella dettata dall'art. 36 D. Lgs. cit. che, in via innovativa, da un lato, stabilisce che l'offerta dell'operatore economico aggiudicatario, insieme a tutti i verbali di gara, dati e informazioni presupposti dell'aggiudicazione, siano resi disponibili, mediante la piattaforma digitale di cui all'art. 25 D. Lgs. cit., a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione (comma 1, la cui finalità, come evidenziato anche dalla relazione al codice, è quella di evitare una eventuale fase amministrativa

relativa alle istanze di accesso e di consentire ai partecipanti di conoscere immediatamente la scelta fatta dall'amministrazione e di orientarsi sull'opportunità o meno di procedere con una impugnativa dell'aggiudicazione), e dall'altro lato, stabilisce che agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, le offerte dagli stessi presentate.

Soffermandosi su tale ultima previsione può sottolinearsi quanto segue: A) innanzitutto, l'accesso alle offerte presentate dai primi classificati è circoscritta a soli cinque operatori, ciò diversamente da quanto accade per l'offerta presentata dall'aggiudicataria; la ratio, come rilevato dalla relazione al codice, è che il Legislatore ha ritenuto opportuno limitare il sacrificio imposto ai primi classificati a non vedere diffusa la loro offerta, questo anche con l'obiettivo di impedire una partecipazione alla gara solo "pretestuosa ed esplorativa"; B) inoltre, tale previsione, parimenti a quanto previsto dal comma 1, è finalizzata ad evitare un'eventuale fase amministrativa relativa alle istanze di accesso, consentendo di conoscere immediatamente e reciprocamente le offerte presentate dei primi cinque classificati, così da orientarsi subito sull'opportunità o meno di procedere con la presentazione di un ricorso; in altri termini, per ottimizzare i tempi e consentire alle imprese interessate di conoscere subito quanto indispensabile ai fini della presentazione di eventuali impugnative, l'amministrazione deve mettere a disposizione dei primi cinque classificati le offerte tecniche da costoro presentate, oltre agli atti di gara che hanno condotto all'aggiudicazione.

La necessità che il tutto avvenga entro termini molto rapidi è confermato anche dalla previsione di un rito super accelerato sull'accesso, sia in primo che in secondo grado (comma 3 e successivi dell'art. 36 cit.).

In definitiva, l'art. 36 D. Lgs. cit., oltre che norma a tutela degli interessi dei partecipanti alla gara, risulta essere una disposizione che sottende pure un'evidente finalità pubblicistica, perché, attraverso la velocizzazione del contenzioso, ha l'obiettivo di accelerare la stabilità della procedura di evidenza pubblica.

7. Fatte tali premesse, il Collegio ritiene che l'azione proposta da Ristogest srl debba essere ritenuta ammissibile per le seguenti ragioni.

In primo luogo, perché, come già indicato sopra, le regole che valgono per l'accesso negli appalti presentano delle peculiarità rispetto a quanto previsto dalla l. n. 241/1990,

con la conseguenza che, diversamente da quanto richiesto dall'art. 22 lett. b) l. cit., non si ritiene che nel caso in questione l'interesse all'ostensione, oltre che essere diretto e concreto, debba essere necessariamente anche attuale. O meglio, in ragione della predetta finalità dell'art. 36 D. Lgs. cit. (velocizzare il contenzioso in materia di appalti al fine di garantire anche un obiettivo superindividuale), si ritiene che nella specie sia sufficiente un interesse alla tutela giurisdizionale anche solo potenziale, come quello indicato da Ristogest srl a p. 11 del ricorso.

La conoscenza dell'offerta di Fast Eat Italy srl non ha, infatti, nella specie carattere solo esplorativo, in quanto è funzionale a poter utilmente resistere, con tempestività, all'eventuale ricorso avverso l'aggiudicazione proposto dalla seconda classificata.

In secondo luogo, perché, ragionando diversamente, la prima classificata, in concreto, non avrebbe mai la possibilità di impugnare tempestivamente la decisione della stazione appaltante assunta ai sensi dell'art. 36 co. 3 D. lgs. n. 36/2023. La norma prevede che si debba presentare il ricorso entro 10 giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, ma è evidente che in questo brevissimo arco temporale molto difficilmente l'aggiudicataria verrà a conoscenza di impugnative del provvedimento di aggiudicazione.

Senza tralasciare, infine, che una diversa esegesi della disposizione in commento risulta anche in contrasto con l'obiettivo altresì pubblicistico che viene perseguito. Come accennato, il fine dell'art. 36 D. lgs. cit., è quello di far ottenere subito alle prime classificate i documenti necessari per la loro tutela in giudizio, in modo tale da evitare la fase amministrativa sull'accesso e il relativo contenzioso, onde giungere in tempi rapidi all'eventuale impugnativa degli atti di gara. Orbene, se non fosse riconosciuto alla prima classificata un interesse immediato a reagire contro la decisione assunta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 36 co. 3 cit., questo comporterebbe che la stessa dovrebbe azionare gli strumenti volti all'ostensione dei documenti presentati dalla seconda classificata soltanto dopo aver avuto conoscenza dell'impugnazione dell'aggiudicazione, ma questo, come intuibile, avrebbe come effetto quello di rallentare il giudizio proposto dalla seconda classificata, con un risultato chiaramente non in linea con lo spirito del nuovo codice, che, invece, per quanto indicato, ha proprio l'obiettivo di raggiungere quanto prima la stabilità della procedura.

In conclusione, per tutto quanto ritenuto, il ricorso proposto da Ristogest srl deve

essere considerato ammissibile.

8. 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.

8.1 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 riespansione 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.

8.2 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.

9. 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 possono 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).

11. 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.

12. 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.

13. La novità 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

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Mercone**

**IL PRESIDENTE**  
**Michelangelo Francavilla**

# IL SEGRETARIO