

# Il perimetro applicativo del rito ex art 36 del D.Lgs n. 36/2023

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 26-8-2025

*Questa Sezione ha di recente affermato che nelle procedure di evidenza pubblica, il rito super-accelerato, di cui agli artt. 36, commi 4 e ss., d.lgs. n. 36 del 2023, si applica, in base all'espressa previsione legislativa, all'impugnazione di tutte le decisioni di oscuramento di parti delle offerte, ma il dies a quo del termine di dieci giorni per la notifica del ricorso decorre dalla comunicazione di tale provvedimento (cioè di oscuramento), sia laddove avvenga contestualmente all'aggiudicazione, secondo il modello legale, sia laddove avvenga successivamente, all'esito dell'istanza di accesso da parte dell'interessato (Cons. Stato, V, 24 marzo 2025, n. 2384).*

*(...)In proposito infatti va ribadito quanto già affermato nella motivazione della citata sentenza della Sezione, n. 2384/2025, secondo cui "Una diversa interpretazione, oltre a collidere con il diritto di difesa, costituzionalmente garantito, finirebbe per contrastare con la *ratio legis* della nuova disciplina sull'accesso nelle gare pubbliche, che mira ad evitare ricorsi al buio, onerando i concorrenti di un'immediata reazione giudiziaria, di cui probabilmente non vi è neppure un'effettiva necessità, laddove, sia pure successivamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, a fronte di una mera richiesta, l'Amministrazione provveda all'ostensione della documentazione di gara richiesta".*

## Guida alla lettura

La sentenza in commento propone uno spunto di riflessione circa il **perimetro applicativo del rito accelerato incardinabile ex art 36 codice dei contratti pubblici avverso la determinazione di oscuramento**, rispondendo al quesito se il medesimo sia **fruibile solo in caso di determinazione esplicita ovvero anche in caso di determinazione implicita di oscuramento** e in caso di **comunicazione della sola aggiudicazione senza nessun altro dato, con necessità di formulare l'istanza di accesso ordinaria**. La questione involge, pertanto, l'eventualità (non rara) in cui la PA non ottemperi né all'onere di pubblicazione automatica, integrale, immediata e reciproca, né all'onere di pubblicazione della decisione di oscuramento.

In tali evenienze, si pongono **questioni di tempestività del ricorso**, rispetto alle quali non si registrano posizioni univoche della giurisprudenza.

Il caso posto all'attenzione del Collegio vede al suo esame una statuizione di primo grado di irrivalenza di un ricorso, poichè sarebbe stato incardinato oltre il termine di 10 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ma entro i 10 giorni dalla comunicazione dell'esito dell'istanza di accesso agli atti.

In tale occasione si prende atto dell'orientamento dominante. **Il rito super accelerato deve applicarsi a tutte le decisioni di oscuramento sia rese in regime di pubblicazione dei dati ai sensi dell'articolo 35 e 36 del D.Lgs n. 36/2023 sia l'esito di una decisione su istanza di accesso ordinaria. In tal caso, il *dies a quo* del termine per proporre ricorso avverso la decisione di oscuramento decorrerebbe dalla comunicazione della decisione stessa.**

Alla base di tale orientamento vi è la **valutazione della norma come norma speciale ma non eccezionale**, in quanto tale **suscettibile di estensione analogica**, alla luce della considerazione della **sua *ratio*, rispondente ad esigenze di semplificazione**.

Esistono, tuttavia, **altri orientamenti**, che **valorizzano il carattere assolutamente eccezionale della norma ex art. 36, cit.**, alla luce dei quali deve ritenersi che il rito super accelerato avverso la determinazione di oscuramento può attuarsi soltanto quando siano integrati gli elementi identificativi della fattispecie. Le componenti della fattispecie dell'art. 36, cit. sono costituite dall'ottemperanza della stazione appaltante all'onere di pubblicazione di tutti i dati inerenti all'offerta dell'aggiudicatario, nonché inerenti alle offerte dei primi cinque classificati in chiave di reciprocità, nonché dalla contestualità di una decisione di oscuramento, resa in seno alla comunicazione di aggiudicazione. In sostanza, tale contestualità è resa possibile dal fatto che l'operatore quando presenta l'offerta, esibisce sia un'offerta integrale da destinare alla valutazione della stazione appaltante, sia un'offerta copia con le parti oscurate, che diventerà oggetto di una valutazione di oscuramento stimolata dall'istanza dell'operatore in caso di aggiudicazione a suo favore ovvero in caso di collocazione ai primi cinque posti in graduatoria.

Rispetto a tale evenienza fisiologica, si prospetta l'ipotesi in cui la PA comunichi l'offerta parziale già oscurata o comunichi la sola aggiudicazione.

In giurisprudenza sono, per la verità, emersi **ben quattro orientamenti** di cui sarebbe opportuno prendere atto:

- secondo un primo orientamento **il termine breve dell'art. 36 codice dei contratti pubblici si applica non solo se la comunicazione dell'aggiudicazione dia atto della decisione di oscuramento, ma anche quando non ne dia atto**, risolvendosi in una **diretta ostensione parziale**. Si ritiene, inoltre, che il rito super accelerato si applichi **anche quando la PA non ostenda nulla, costringendo il privato all'istanza di accesso**;
- secondo un altro orientamento più restrittivo, invece, **il rito super accelerato si applica solo nel caso tipico previsto dalla norma e non se la PA ometta di mettere a disposizione dei primi cinque classificati le offerte degli altri e in genere non dia atto delle decisioni di oscuramento**. In tal caso si applicherebbe il termine del **rito ordinario ex articolo 116 c.p.a.**;
- secondo un terzo orientamento, **il rito breve si applicherebbe a tutte le decisioni di oscuramento, anche se rese in seno al procedimento stipulato con istanza di accesso**;
- un quarto orientamento ritiene, invece, che **il rito breve si applichi soltanto se si contesti l'oscuramento: qualora la questione investa il diritto di difesa lo stesso**

non si applicherebbe.

**Il principio di diritto espresso dalla sentenza in commento è nel senso che il fulcro del rito accelerato è la determina di oscuramento, sia che la si prenda secondo modello legale sia che la si adotti all'esito dell'istanza di accesso ordinario. Il problema dell'individuazione del *dies a quo* è in ultima analisi un falso problema. Infatti, esso decorre dall'adozione dell'atto che ha concretato la lesione, rappresentata dalla preclusione della conoscenza di aspetti necessari per esplicitare il diritto alla difesa.**

Una diversa interpretazione che, pur nel presupposto dell'applicabilità del rito breve, suggerisse di far decorrere comunque il termine di decadenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, onerando ad una impugnazione immediata al buio per non incorrere nell'irritualità, con contestuale formulazione dell'istanza di accesso agli atti, a valle della quale procedere all'eventuale ricorso per motivi aggiunti della decisione di ostensione parziale, genererebbe una "diseconomia processuale". Infatti, la decisione sull'istanza di accesso potrebbe palesare *ex post* la carenza di interesse al ricorso intentato, vuoi perché il diniego di ostensione totale si palesi motivato correttamente vuoi perché dall'eventuale ostensione totale emerga la carenza di presupposti per l'impugnazione.

La sentenza in commento consente una riflessione sul **requisito della strumentalità dell'istanza di accesso e sul concetto di istanza di accesso esplorativa**. La norma dell'art 36 del D.Lgs. n. 36/2023 prevede una **prevalenza del diritto di difesa sulla riservatezza**, quand'anche sia provato il ricorso del segreto tecnico qualora l'acquisizione dell'offerta sia non semplicemente necessaria, ma indispensabile. **La strumentalità dell'istanza di accesso in termini di stretta indispensabilità va apprezzata in riferimento alle censure formulate con il ricorso avverso l'aggiudicazione**. Infatti, se il motivo di censura è rappresentato da un disallineamento tra il costo di manodopera indicato nell'offerta economica e la percentuale di sconto proposta rispetto agli impegni assunti nell'offerta tecnica, è di palmare evidenza la strumentalità dell'accesso rispetto al diritto di difesa, siccome la conoscenza della completa offerta tecnica è l'unico modo per coltivare l'azione. E non si provi ad obiettare che il giudice adito dispone della conoscenza dell'offerta integrale! Simile ragionamento dissacrerebbe il principio dispositivo.

Vale la pena osservare che nella sistematica del rito degli appalti il **diritto di accesso assume sempre una connotazione indefettibilmente strumentale**, in quanto **l'art 120 del c.p.a. reca il divieto di ricorso al buio**. La distribuzione dell'onere della prova appare sbilanciato a discapito del controinteressato. Infatti, è necessario provare le caratteristiche del segreto tecnico commerciale, senza che l'onere della prova possa dirsi soddisfatto con un riferimento alle proprie capacità maturate nell'ambito professionale. Il segreto è tale se ricorre un'informazione che non può essere disvelata, in quanto suscettibile di valutazione economica, acquisita con investimenti di fattori della produzione e di costi. È necessario che rispetto ad essa non sia stata compiuta una pregressa scelta di disvelamento e che sia strutturalmente idonea a radicare un vantaggio economico non correlato alla fisiologia aziendale di chi la acquisisce con l'accesso, tale che la sua circolazione rappresenterebbe una vulnerazione della concorrenza.

Publicato il 25/06/2025

**N. 05547/2025REG.PROV.COLL.**

**N. 00406/2025 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 406 del 2025, proposto da Holding Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Napoli, Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Napoli Servizi Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Agliata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Society Moderne Facility Management S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

***per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 00438/2025, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Society Moderne Facility Management S.r.l. e di Napoli Servizi Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2025 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e viste le conclusioni come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha dichiarato inammissibile la richiesta di accesso proposta in corso di causa da Holding Service s.r.l. contro Napoli Servizi S.p.A. e nei confronti della Society Moderne Facility Management s.r.l. per l'acquisizione della documentazione, sottratta all'accesso dalla stazione appaltante, relativa alla procedura per l'affidamento del servizio di pulizia, disinfestazione e sanificazione nel territorio di Napoli, a supporto delle attività erogate in favore dell'ente Comune di Napoli, aggiudicata alla società controinteressata.

1.1. La dichiarazione di inammissibilità è basata su due ragioni, espresse nei seguenti termini nella sentenza gravata:

- l'istanza di accesso non è formulata quale impugnazione di un diniego di accesso, bensì unicamente quale sollecitazione del potere istruttorio acquisitivo da parte del Tribunale;

- la ricorrente non specifica il nesso di "strumentalità necessaria" tra la domanda di accesso e la situazione soggettiva fatta valere con il ricorso in materia di appalto, apparendo l'istanza all'esame "meramente esplorativa".

1.2. Dichiarata inammissibile l'istanza di accesso, la parte ricorrente è stata condannata a pagare alle resistenti le spese di lite, liquidate in € 1.000,00, per ciascuna, oltre accessori di legge.

2. Holding Service s.r.l. ha proposto appello con due motivi, corrispondenti alle due *rationes decidendis* sopra dette.

Napoli Servizi S.p.A. e la società Society Moderne Facility Management s.r.l. si sono costituite per resistere al gravame.

2.1. Nella camera di consiglio del 29 maggio 2025 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie difensive di tutte le parti e di replica dell'appellante.

3. Va affrontata preliminarmente l'eccezione di tardività dell'istanza di accesso formulata

dalla Society Moderne Facility Management s.r.l., con riferimento all'art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, che stabilisce che le decisioni previste nel comma 3 della stessa disposizione sono impugnabili ai sensi dell'art. 116 c.p.c. "*con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione*".

3.1. La controinteressata osserva che la determina n. 34 del 2 ottobre 2024, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione in suo favore, è stata conosciuta dalla ricorrente Holding Service s.r.l. il 3 ottobre 2024, tanto è vero che l'istanza di accesso è stata prodotta il 4 ottobre 2024. A tale istanza la stazione appaltante ha fornito riscontro, solo parzialmente positivo, in data 28 ottobre 2024.

3.1.1. Dato quanto sopra, la parte appellata eccepisce che, secondo la citata disposizione, il ricorso per l'accesso avrebbe dovuto essere presentato entro dieci giorni decorrenti dal provvedimento di aggiudicazione conosciuto il 3 ottobre 2024, mentre sarebbe tardivo perché notificato solo in data 4 novembre 2024.

3.2. L'eccezione non merita di essere accolta.

3.2.1. In effetti, l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, che ha introdotto un rito peculiare per l'accesso agli atti delle gare di appalto, appare oscillante in merito alla sua applicazione, *in toto* o in parte, nelle ipotesi che presentano elementi di differenza rispetto alla fattispecie tipica ivi delineata.

Questa, invero, presuppone che la stazione appaltante provveda autonomamente alla pubblicazione della documentazione riferibile all'impresa prima graduata contestualmente alla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, dando atto, in quella sede, delle decisioni assunte in merito all'eventuale oscuramento di parti dell'offerta presentata dalla medesima. In tale eventualità, la norma infatti prevede che il termine ridotto a dieci giorni per richiedere l'accesso ai dati oscurati decorra dalla comunicazione appunto del provvedimento di aggiudicazione.

La questione interpretativa si pone quando - come accaduto nel caso di specie - la stazione appaltante non si sia conformata al regime di pubblicità degli atti di gara previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici e il concorrente non aggiudicatario si veda costretto ad avanzare una specifica istanza di accesso.

In proposito, questa Sezione ha di recente affermato che nelle procedure di evidenza pubblica, il rito super-accelerato, di cui agli artt. 36, commi 4 e ss., d.lgs. n. 36 del 2023, si applica, in base all'espressa previsione legislativa, all'impugnazione di *tutte* le decisioni di oscuramento di parti delle offerte, ma il *dies a quo* del termine di dieci giorni per la notifica del ricorso decorre dalla comunicazione di tale provvedimento (cioè di oscuramento), sia laddove avvenga contestualmente all'aggiudicazione, secondo il modello legale, sia laddove avvenga successivamente, all'esito dell'istanza di accesso da parte dell'interessato (Cons. Stato, V, 24 marzo 2025, n. 2384).

Sebbene sia noto un altro orientamento, affermatosi nella giurisprudenza di merito – che

ritiene invece che la disciplina speciale e derogatoria di cui all'art. 36, D.Lgs. 36/2023, compreso il minor termine di decadenza, possa applicarsi solo «*nel caso in cui tutti gli elementi della fattispecie costitutivi della stessa siano venuti ad esistenza*», e quindi solo se l'ente abbia ottemperato ai propri obblighi in maniera conforme al disposto normativo (come da sentenze dei T.a.r. citate nella memoria di replica dell'appellante, cui si deve anche la citazione di Cons. Stato, V, 18 ottobre 2024, n. 8352, che però non affronta *ex professo* la questione qui controversa) – il caso di specie non pone la questione della scelta tra l'una opzione interpretativa e l'altra.

Entrambe infatti portano ad escludere che il termine - di dieci giorni, ai sensi dell'art. 36, comma 4, del Codice dei contratti pubblici ovvero di trenta ai sensi dell'art. 116 c.p.c. - possa decorrere dalla comunicazione del solo provvedimento di aggiudicazione, quando questo non contenga alcuna determinazione in merito all'oscuramento della documentazione di gara da rendere pubblica a seguito appunto dell'aggiudicazione.

In proposito infatti va ribadito quanto già affermato nella motivazione della citata sentenza della Sezione, n. 2384/2025, secondo cui *“Una diversa interpretazione, oltre a collidere con il diritto di difesa, costituzionalmente garantito, finirebbe per contrastare con la ratio legis della nuova disciplina sull'accesso nelle gare pubbliche, che mira ad evitare ricorsi al buio, onerando i concorrenti di un'immediata reazione giudiziaria, di cui probabilmente non vi è neppure un'effettiva necessità, laddove, sia pure successivamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, a fronte di una mera richiesta, l'Amministrazione provveda all'ostensione della documentazione di gara richiesta”*.

3.2.2. Napoli Servizi non ha provveduto autonomamente alla pubblicazione della documentazione riferibile all'impresa prima graduata contestualmente alla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione del 3 ottobre 2024, né ha dato atto, nella stessa occasione, delle decisioni assunte in merito all'eventuale oscuramento di parti dell'offerta presentata da Society Moderne. La stazione appaltante non si è quindi conformata al regime d'accesso previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

In data 4 ottobre 2024 Holding Service ha chiesto di avere accesso agli atti; in data 28 ottobre 2024 Napoli Servizi ha consegnato i giustificativi della prima graduata, la relazione conclusiva del procedimento di anomalia dell'offerta e il progetto tecnico parzialmente oscurato di Society Moderne; con pec del 29 ottobre 2024 Holding Service ha evidenziato la mancanza di documentazione amministrativa e dell'offerta economica, che sono state trasmesse il 30 ottobre 2024.

Il ricorso è stato proposto il 4 novembre 2024, in riferimento all'ostensione solo parziale del progetto tecnico della Society Moderne, effettuata da Napoli Servizi il 28 ottobre 2024.

Pertanto, essendo stato rispettato (anche) il termine di dieci giorni dell'art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, come sopra interpretato, l'eccezione di tardività del ricorso va respinta.

3.3. L'interlocuzione intercorsa tra la società ricorrente e la stazione appaltante, svoltasi con gli atti sopra evidenziati, comporta altresì l'infondatezza dell'ulteriore eccezione di

inammissibilità del ricorso, sviluppata da Napoli Servizi, nel presupposto che l'accesso fosse stato richiesto con due distinte istanze (del 4 e del 29 ottobre 2024), la seconda delle quali avrebbe dato luogo ad un provvedimento di diniego meramente confermativo del precedente. In realtà, il diniego è da ritenersi implicito nell'ostensione solo parziale del 28 ottobre 2024 e tale diniego è stato appunto impugnato col ricorso del 4 novembre 2024.

3.4. Dato tutto quanto sopra, quest'ultimo è da ritenersi tempestivo.

4. Col primo motivo di appello si denuncia l'erroneità della sentenza con riguardo alla pretesa mancata impugnazione del diniego di accesso e alla omessa proposizione di una domanda ex art. 116 c.p.a., deducendo l'appellante "*travisamento dei presupposti di fatto, abnormità manifesta, contraddittorietà e violazione dell'art. 97 Cost., sub specie di diniego di giustizia*".

4.1. L'appellante sostiene che l'affermazione del T.a.r. secondo cui l'istanza di accesso in corso di causa non sarebbe stata proposta, in quanto la ricorrente si sarebbe limitata a formulare un'istanza istruttoria volta a sollecitare il potere acquisitivo del tribunale, è smentita *per tabulas* dal tenore del ricorso di primo grado (che viene integralmente riprodotto in appello, con evidenziazione delle parti ritenute di interesse, in particolare il IV paragrafo).

4.2. Il motivo è fondato.

4.2. Holding Service ha impugnato il diniego all'accesso integrale opposto dalla stazione appaltante, in quanto quest'ultima ha reso conoscibile solo parzialmente l'offerta della controinteressata; al fine di conoscerne la versione integrale la ricorrente ha formulato espressamente una richiesta ostensiva ai sensi dell'art. 116 c.p.a.

In effetti, il ricorso di primo grado contiene anche una sollecitazione all'esercizio di poteri istruttori da parte del tribunale, ma appare formulata in alternativa all'istanza di accesso, al fine di ottenere un'eventuale pronuncia di esibizione dei documenti già nella fase cautelare, in modo da poter evitare, in caso di accoglimento, l'avvio del procedimento incidentale ex art. 116 c.p.a.

4.2.1. Tuttavia, una volta che l'istanza istruttoria in sede cautelare non è stata accolta e che quest'ultimo procedimento è stato avviato con la fissazione di apposita camera di consiglio, lo stesso appare adeguatamente retto dal ricorso introduttivo della società Holding Service, considerandone il tenore testuale, laddove:

- già nell'epigrafe è chiesto l'annullamento "*dell'implicito diniego parziale all'accesso agli atti opposto dalla stazione appaltante (doc. 3) [...]*";

- nella stessa epigrafe è chiesto inoltre l'ordine "*all'ente intimato di esibizione, ai sensi dell'articolo 116 c.p.a., della documentazione chiesta da Holding Service S.r.l., ma ad oggi non ancora resa integralmente disponibile, previo accertamento in ordine alla sussistenza del suo diritto all'accesso*", con un'istanza che la parte ricorrente ha tenuto distinta da quella istruttoria, formulata in alternativa, ai sensi dell'art. 65 c.p.a.;

- nel corpo del ricorso, poi, un intero paragrafo è dedicato alla *“illegittimità dell’accesso solo parziale alla documentazione richiesta”*, con deduzione dei seguenti vizi: *“Violazione e falsa applicazione degli articoli 35 e 36, D.lgs. 36/2023, nonché degli articoli 24 e 97 Cost. – Eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto, difetto di istruttoria, carenza di motivazione e sviamento dell’azione amministrativa”*;

- il detto paragrafo, indicato come IV, motiva interamente sull’interesse all’accesso rivendicato dalla ricorrente e si distingue dal paragrafo successivo, indicato come V, contenente invece l’istanza cautelare, con la richiesta istruttoria di ordine di esibizione, ex art. 65, comma 3, c.p.a.;

- le conclusioni appaiono coerenti con l’impostazione del ricorso, in quanto, seppure in un unico contesto, contengono il riferimento sia all’istanza istruttoria sia alla *“trattazione della domanda sull’accesso, ai sensi dell’art. 87, co.2, lett. c), c.p.a.”*.

4.2.2. Deve perciò concludersi che il primo giudice è incorso in errore nel considerare una parte soltanto delle richieste e delle argomentazioni contenute nel ricorso di Holding Service, senza tenere conto della domanda di accesso in corso di causa, proposta con impugnazione del diniego parziale.

4.3. Il primo motivo di appello va perciò accolto (con assorbimento delle ulteriori censure, di contraddittorietà della statuizione resa rispetto al provvedimento cautelare dello stesso T.a.r. e della necessità di garantire l’accesso *“anche a prescindere dalla qualificazione della domanda”*) e, per l’effetto, va riformata la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto non formulata la domanda introduttiva del procedimento incidentale di accesso ex art. 116, comma 3, c.p.a., e quindi non instaurato quest’ultimo.

5. Col secondo motivo di appello si denuncia l’erroneità della sentenza anche sotto l’ulteriore profilo concernente la pretesa natura esplorativa dell’istanza di accesso, deducendo l’appellante *“travisamento di presupposti di fatto e di diritto, in particolare alla luce della nuova disciplina in materia di accesso prevista dal vigente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023)”*.

5.1. L’appellante osserva che nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado ha censurato l’aggiudicazione disposta in favore della controinteressata sotto vari profili; e precisamente: disallineamento tra il costo della manodopera indicato nell’offerta economica, percentuale di sconto proposta e impegni *ex adverso* assunti nell’offerta tecnica, in termini di rese e frequenze degli interventi; indicazione di un costo medio orario nei giustificativi di Society Moderne che, se rapportato al monte ore offerto, condurrebbe ad un costo complessivo della manodopera inferiore di circa 80.000 euro rispetto a quello dichiarato nell’offerta economica.

Deduce quindi che in entrambi i casi, per ottenere una definitiva conferma dei profili di censura, è necessario acquisire l’offerta tecnica della controinteressata in formato integrale, dato che ne è stato oscurato, tra gli altri, anche il paragrafo dedicato al monte ore mensile.

5.1.1. Fermo quanto sopra, l’appellante lamenta che la sentenza sarebbe errata anche per

avere completamente sovvertito la logica sottesa all'accesso agli atti. Deduce che, secondo la sistematica del nuovo Codice dei contratti pubblici, il diritto all'accesso all'offerta tecnica ed alle giustificazioni dell'operatore economico aggiudicatario può essere escluso solo se sia allegata e comprovata la sussistenza di segreti tecnici e commerciali e, anche in tale caso, il diritto all'accesso prevale *“se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara”*.

L'appellante sostiene che nel caso di specie non vi sarebbe alcuna ragione che consenta di ritenere sussistenti segreti tecnici e commerciali, non avendo la Society Moderne dedotto alcunché di specifico nella propria opposizione.

## 5.2. Il motivo è fondato.

5.2.1. In correlazione a quanto già detto trattando dell'eccezione preliminare, si premette che la disciplina contenuta negli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36/2023, come illustrata anche nella Relazione di accompagnamento, fissa la regola dell'accesso all'offerta dell'impresa aggiudicataria, rispetto alla quale costituisce ipotesi eccezionale la sussistenza di comprovati e documentati segreti di natura industriale e/o commerciale, con la conseguenza, quanto al riparto dell'onere della prova che:

- ai fini dell'accesso non occorre alcuna specifica dimostrazione di interesse da parte dei concorrenti classificati tra i primi cinque in graduatoria (*“legittimati a conoscere gli atti della medesima [n.d.r. procedura di gara] e a sapere come l'amministrazione ha fatto la sua scelta, anche per tutelare i propri interessi in sede processuale”* come si legge nella Relazione);
- spetta al concorrente che oppone esigenze di tutela del segreto industriale o commerciale darne conto specificamente (dovendo le stesse essere *“circostanziate”*) e fornirne la prova (dovendo essere anche *“documentate”*).

Solo se si verifica tale ultima eventualità la detta eccezione si può ritenere sussistente, ma anche derogabile, se il concorrente che chiede l'accesso integrale dimostra, a sua volta, di avervi necessità per la tutela delle proprie esigenze difensive, fornendo perciò dimostrazione del c.d. nesso di strumentalità che consente a queste ultime di prevalere, obbligando l'amministrazione a rendere disponibile l'offerta e i giustificativi richiesti.

5.2.2. Nel caso di specie, le ragioni di opposizione all'accesso sollevate da Society Moderne appaiono generiche in quanto basate sul mero riferimento a non meglio precisate *“specifiche e riservate capacità tecnico-industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa”*, nonché all'esigenza di evitare *“la divulgazione del ‘saper fare’ e delle competenze ed esperienze maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività di impresa che caratterizzano l'offerta della Society Moderne Facility Management SRL”*.

Si tratta di affermazioni del tutto prive di *“comprova”* riguardo all'esistenza di segreti tecnici e commerciali, in senso proprio, avendo la controinteressata basato l'opposizione, in sostanza, soltanto sulle proprie *“capacità”* tecnico-industriali e gestionali, maturate grazie alla sua esperienza di operatore del settore e perciò confluite nell'elaborazione dell'offerta tecnica.

In definitiva, oggetto del segreto opposto finisce per essere proprio quest'ultima, in sé considerata (cioè nei suoi elementi essenziali riguardanti le modalità organizzative del servizio, il piano di formazione del personale, le misure di contenimento dell'impatto ambientale etc.), laddove le ragioni di riservatezza tecnica dovrebbero avere ad oggetto specifici elementi e dati tecnici di supporto delle proposte organizzative, formative e di tutela ambientale. A maggior ragione l'opposizione della controinteressata appare insufficiente alla segretazione dell'offerta tecnica, se si considera che vengono invocati segreti industriali e tutela proprietaria intellettuale in un ordinario appalto di servizi di pulizia, che non ne costituisce affatto il naturale ambito applicativo, finendo l'opposizione per fare segretare proprio gli elementi dell'offerta tecnica oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante, sia in fase di attribuzione dei punteggi che in fase di verifica di anomalia.

Giova precisare che non si intende confutare l'affermazione giurisprudenziale della tutela della riservatezza per il c.d. *know how* aziendale, inteso quale insieme di conoscenze professionali che consentono al concorrente di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento. Tuttavia va ribadito che *“ai fini della limitazione del diritto di accesso agli atti e ai documenti tecnici della controinteressata aggiudicataria, non è ... sufficiente l'affermazione che questi ultimi attengono al proprio know how. Infatti, onde perseguire un punto di equilibrio tra esigenze di riservatezza e trasparenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, l'ostensione può essere negata solo laddove sussista un'informazione specificatamente individuata, suscettibile di sfruttamento economico, in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all'operatore nel mercato di riferimento e che la stessa presenti effettivi e comprovabili caratteri di segretezza oggettiva. In difetto di tali presupposti, la trasparenza delle gare pubbliche è principio prevalente rispetto al know how dei singoli concorrenti”* (così da ultimo Cons. Stato, V, 15 ottobre 2024, n. 8257).

5.2.3. Peraltro l'opposizione della controinteressata, anche in ragione della sua genericità, è da reputarsi recessiva rispetto alle esigenze difensive manifestate dalla ricorrente.

Fermo restando che, anche nel vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, è il richiedente a dover dimostrare la concreta necessità dell'utilizzazione della documentazione richiesta in uno specifico giudizio (così come affermato nel vigore del precedente Codice dei contratti da questo Consiglio di Stato in numerose decisioni, tra cui Cons. Stato, V, 20 febbraio 2024, n. 1681), il testo dell'art. 35, comma 4 e 5, attualmente vigente, conferma che la portata dell'onere probatorio in discorso dipende dal caso concreto (cfr. già Cons. Stato, V, 23 giugno 2020, n. 4016). In particolare, trattandosi di accesso in corso di causa, rilevano le censure già formulate in giudizio e quelle da formulare (cfr., già nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, l'Adunanza plenaria 24 gennaio 2023, n. 4, secondo cui la “strumentalità” alla difesa in giudizio dei documenti oggetto di accesso deve essere valutata in modo ampio, quindi anche rafforzativa o ampliativa -con motivi aggiunti- delle censure già proposte).

5.2.4. Nel caso di specie, le questioni controverse nel giudizio di merito palesano con immediatezza il nesso di strumentalità “necessaria” tra le censure, proposte e proponibili, dalla Holding Service e i documenti richiesti.

In particolare, essendo controverso il costo della manodopera, tenuto conto del costo medio

orario e del monte ore offerto, nonché degli impegni assunti con l'offerta tecnica, la necessità dell'acquisizione integrale del progetto tecnico dell'aggiudicataria - prospettata con l'istanza di accesso e ribadita col ricorso introduttivo, indicando le ragioni per le quali l'accesso integrale all'offerta tecnica di Society Moderne risultava funzionale all'esercizio del diritto di difesa in giudizio - è pressoché *in re ipsa*, per come dimostrato dai profili tuttora dubitativi delle censure mosse nel primo grado di giudizio, all'evidenza mancanti di dati indispensabili per definirne la portata e per delimitare gli effetti di un eventuale loro accoglimento.

5.3. In definitiva, risulta fondato anche il secondo motivo di gravame, apparendo smentita dagli atti di causa l'affermazione del T.a.r. secondo cui la ricorrente non avrebbe specificato il nesso di strumentalità necessaria tra la domanda di accesso e "*la situazione soggettiva fatta valere con il ricorso in materia di appalto*".

Si deve inoltre escludere che l'istanza di accesso possa qualificarsi come "meramente esplorativa" poiché, contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., mediante la citazione di giurisprudenza sul tema (tra cui Cons. Stato, III, 5 febbraio 2024, n. 1139), essa ha ad oggetto la documentazione di gara specificamente individuata.

6. L'appello va quindi accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va ordinata a Napoli Servizi S.p.A. l'ostensione integrale dell'offerta tecnica di Society Moderne così come richiesta da Holding Service.

6.1. Considerata la peculiarità della vicenda procedimentale e processuale, si ritiene di giustizia la compensazione integrale delle spese dei due gradi del presente giudizio incidentale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, ordina a Napoli Servizi S.p.A. l'ostensione integrale dell'offerta tecnica di Society Moderne così come richiesta da Holding Service.

Compensa integralmente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere