

Pubblicato il 24/03/2025

N. 02384/2025REG.PROV.COLL.
N. 01499/2025 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1499 del 2025, proposto da Consorzio Intesa Società Cooperativa Sociale Onlus Consortile A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Zaza D'Aulisio, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Cardarelli in Roma, via G.P. Da Palestrina, n. 47;

contro

Consorzio A.I.P.E.S. Ambito Intercomunale per Esercizio Sociale – Consorzio per i Servizi Alla persona, Comune di Monte San Giovanni Campano, non costituiti in giudizio;

Leonardo Societa' Cooperativa Sociale (In Breve Leonardo Cooperativa Sociale), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Herbert Simone, Chiara Tozzoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00689/2024,*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Leonardo Societa' Cooperativa Sociale (In Breve Leonardo Cooperativa Sociale);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2025 il Cons. Francesca Picardi e uditi per le parti gli avvocati Zaza D'Aulisio e Simone, anche in sostituzione dell'avvocato Tozzoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato e depositato il 25 settembre 2024, il Consorzio Intesa Società Cooperativa Sociale, secondo classificato in una procedura negoziata soggetta, ratione temporis, al d.lgs. n. 36 del 2023, a cui hanno partecipato due operatori economici, oltre ad impugnare gli atti di gara ed in particolare il provvedimento di affidamento del servizio di gestione dell'asilo nido comunale del Comune di Monte San Giovanni Campano alla Leonardo Cooperativa Sociale, ha proposto ricorso avverso il parziale diniego di accesso agli atti di gara, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., risultando essere stata oscurata l'offerta dell'aggiudicataria per l'asserita sussistenza di segreti tecnici e commerciali.

2. Con sentenza del 2 novembre 2024 il T.a.r. ha dichiarato irricevibile il ricorso avverso il parziale diniego di accesso agli atti di gara. Nella sentenza impugnata si legge: “sebbene la comunicazione dell'aggiudicazione sia stata pubblicata il 6 settembre 2024, il provvedimento con cui l'amministrazione ha deciso di oscurare i dati dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria è stato comunicato al consorzio ricorrente in data 13 settembre 2024, sicché, nel caso di specie, il termine di cui all'art. 36, comma 4, cit., deve considerarsi decorrere a far data dal 13 settembre 2024; poiché il ricorso è stato notificato e depositato il 25 settembre 2024, dunque, oltre il termine perentorio di 10 giorni posto dalla norma dell'art. 36, comma 4, cit., il ricorso avverso l'oscuramento dei dati dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria è tardivo”.

3. L'originaria ricorrente, successivamente alla conclusione dell'intero giudizio, ha ritualmente e tempestivamente impugnato, con unico atto di appello, notificato in data 3 febbraio 2025, sia la sentenza di irricevibilità dell'istanza di accesso (n. 689 del 2 novembre 2024) sia quella di rigetto del ricorso avverso l'aggiudicazione (n. 56 del 27 gennaio 2025).

4. In tale giudizio di appello, come in quello di primo grado, si è costituita unicamente la controinteressata, mentre non si sono costituiti il Consorzio A.I.P.E.S. e il Comune di Monte San Giovanni Campano, pur ritualmente evocati.

5. Con decreto presidenziale n. 44/2025 gli appelli avverso le due diverse sentenze sono stati separati, disponendo la formazione del fascicolo n. 1499/2025, avente ad oggetto il solo appello avverso la sentenza n. 689/2024 in ordine alla controversia sull'accesso, da decidere preliminarmente.

6. La causa, la cui trattazione è stata fissata nella camera di consiglio del 20 marzo 2025, è passata in decisione.

DIRITTO

1. Occorre, in questa sede, esaminare la sola censura rivolta avverso la sentenza di irricevibilità del ricorso avverso il diniego parziale di accesso: in particolare, la prima censura, con cui è stata dedotta la violazione di legge e del diritto di difesa, assumendo la ricevibilità dell'appello. L'appellante ha, inoltre, riproposto i motivi di ricorso assorbiti, in conseguenza della decisione in rito, lamentando, da un lato, l'omessa indicazione delle ragioni di segretezza o riservatezza idonee a giustificare l'oscuramento e, dall'altro, l'inopponibilità di segreti tecnici o commerciali a fronte di un accesso difensivo.

2. La censura merita accoglimento nei limiti di cui in motivazione.

2.1. Preliminariamente va rilevato che la decisione, pur riconducibile all'art. 116, secondo comma, c.p.a., è stata adottata con sentenza, che conseguentemente deve essere riformata con sentenza, e che non si tratta di ipotesi riconducibile all'art. 105 c.p.a., nella lettura datane da ultimo dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen. 20 novembre 2024, n. 16),

considerato che non si è qui in presenza di un “palese errore” o di una “motivazione tautologica” della sentenza sul profilo dell’irricevibilità del ricorso, tale da determinare la nullità della sentenza, bensì di un’ordinaria erronea valutazione sul punto (così anche Cons.Stato, Sez. V, 12 marzo 2025, n. 2038).

2.2. L’art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha stabilito che l’offerta dell’operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all’articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell’aggiudicazione ai sensi dell’articolo 90 e che agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentati. Si è, inoltre, precisato, ai commi 3 e 4, che, nella comunicazione dell’aggiudicazione, la stazione appaltante o l’ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte: decisioni (sulle richieste di oscuramento) che sono impugnabili, ai sensi dell’articolo 116 c.p.a., con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Dal combinato disposto dei commi 4 e 5 dell’art. 36 d.lgs. n. 36 del 2023 si ricava che il termine di impugnazione di dieci giorni, unitamente alle modalità procedurali di cui ai successivi commi, opera sia nei confronti dell’operatore economico interessato all’ostensione del documento, con riferimento alla decisione di oscuramento, sia nei confronti dell’operatore economico che abbia avanzato istanza di oscuramento, con riferimento al provvedimento di rigetto.

2.3. La giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali ha già iniziato ad affrontare il problema dell’ambito applicativo del rito c.d. super-accelerato introdotto dall’art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Sono emersi plurimi orientamenti: 1) quello secondo cui il termine breve di dieci giorni di cui all'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 si applica sempre, con decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, anche laddove l'estensione sia assente o, comunque, parziale, pur senza dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento, ravvisandosi, pur in mancanza di una esplicita motivazione, una determinazione implicita sul punto; 2) quello secondo cui il termine *de quo* non può applicarsi nelle ipotesi non riconducibili alla previsione legale, in cui la stazione appaltante, in violazione dell'art. 36, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri, senza neppure dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento (ipotesi che restano soggette integralmente alla disciplina di cui all'art. 116 c.p.a.); 3) quello secondo cui il rito super-accelerato si applica a tutte le decisioni di oscuramento collegate alle gare, anche se intervenute successivamente alla comunicazione di aggiudicazione, all'esito di un'istanza di accesso, salvo la decorrenza del termine, in questo ultimo caso, dal provvedimento di oscuramento; 4) quello secondo cui il rito super-accelerato si applica solo laddove si contesti l'oscuramento, ma non anche laddove si faccia valere il proprio diritto di difesa.

Non si ravvisano, invece, precedenti di questo Consiglio di Stato in ordine alla problematica posta dalla presente controversia (in particolare la decisione n. 474 del 2025 si fonda sulla omessa impugnazione di una delle *rationes decidendi* della sentenza di primo grado).

2.4. Occorre evidenziare, che, in base all'art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023, la Stazione appaltante è obbligata, al momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione, a mettere a disposizione dei primi cinque classificati nella procedura, oltre che i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione, anche le offerte degli altri quattro concorrenti, salvo procedere all'oscuramento di queste nelle parti che costituiscano,

secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. L'impugnazione di tali determinazioni di oscuramento, a prescindere dai motivi per cui è formulata, è soggetta al rito speciale di cui all'art. 36, commi 4 e ss., d.lgs. n. 36 del 2023 (e, dunque, al termine di dieci giorni): rito che segue il modello di quello di cui all'art. 116 c.p.a., salvo alcune deroghe, tra cui quella del più breve termine di impugnazione (funzionale alle esigenze di celerità delle gare pubbliche, collegata al buon andamento della pubblica amministrazione). L'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 non distingue tra i motivi di impugnazione e fa riferimento alle decisioni di cui al precedente comma 3 e, cioè, alle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli operatori economici ai sensi del precedente art. 35. Sebbene nel modello legale, tali decisioni debbano essere assunte contestualmente all'aggiudicazione e, quindi, comunicate unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, il rito, per espressa previsione di legge (comma 4 dell'art. 36) è riferito a tutte le decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte. Il termine di dieci giorni viene collegato dall'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2024, alla comunicazione, identificata con quella dell'aggiudicazione, che, nel modello legale, contiene anche le determinazioni assunte sulle richieste di oscuramento. Tuttavia, laddove ciò non avvenga (ovvero laddove la decisione sull'istanza di oscuramento non sia comunicata contestualmente all'aggiudicazione, ma sia comunicata solo successivamente, all'esito dell'istanza di accesso da parte del soggetto interessato), la conseguenza non è quella dell'inapplicabilità del rito super-accelerato, ma attiene piuttosto alla individuazione del dies a quo del termine di dieci giorni, fissato per l'impugnazione. In definitiva, laddove la decisione assunta sulla richiesta di oscuramento non sia comunicata contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, ma successivamente, il termine di dieci giorni decorre da tale successiva comunicazione, visto che l'impugnazione de qua ha ad oggetto non l'aggiudicazione, ma la decisione assunta sulla richiesta di oscuramento,

che non si può desumere implicitamente dalla mera comunicazione dell’aggiudicazione, da cui non trapeli né la richiesta di oscuramento né alcun elemento in tal senso. Una diversa interpretazione, oltre a collidere con il diritto di difesa, costituzionalmente garantivo, 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.

Come già evidenziato, non può radicalmente escludersi l’applicabilità del termine di impugnazione di dieci giorni nelle ipotesi in cui la stazione appaltante, in violazione dell’art. 36, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri, senza neppure dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento. Sebbene la disciplina processuale sia soggetta, in base alla previsione costituzionale di cui all’art. 111 Cost., alla riserva di legge, e sebbene le previsioni di inammissibilità/irricevibilità della domanda siano di stretta interpretazione, precludendo una decisione di merito, i commi 3 e 4 dell’art. 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 dettano una disciplina processuale riferita all’impugnazione delle decisioni assunte sulle richieste di oscuramento delle offerte che, in base ai commi precedenti, dovrebbero essere oggetto di ostensione. Tali decisioni, nel modello legale di una amministrazione virtuosa, devono essere comunicate unitamente alla aggiudicazione, ma la categoria di atti impugnabili (decisioni assunte dalla stazione appaltante sulle richieste di oscuramento delle offerte degli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria), che è oggetto del rito di cui all’art. 36, commi 4ss., d.lgs. n. 36 del 2023, non muta se erroneamente la decisione viene assunta in un momento successivo. Del resto, il rito applicabile, rispondendo ad esigenze pubblistiche e proprio

in ragione della riserva di legge a cui è soggetta la materia processuale, non può dipendere dalle scelte delle parti (e, dunque, dal momento in cui la decisione sulla richiesta di oscuramento sia assunta e comunicata o dal tipo di contestazione formulata). A ciò si aggiunga che sarebbe del tutto irragionevole assoggettare l'impugnazione dello stesso atto ad una disciplina diversa in considerazione del momento in cui è adottato.

2.5. In definitiva, il rito super-accelerato di cui agli artt. 36, commi 4 e ss., d.lgs. n. 36 del 2023 si applica all'impugnazione di tutte le decisioni assunte dalla stazione appaltante sulle richieste di oscuramento delle offerte che, in base ai commi precedenti del medesimo articolo, dovrebbero essere oggetto di ostensione, ma il termine di dieci giorni per la notifica del ricorso decorre dal momento della loro comunicazione, che può avvenire contestualmente all'aggiudicazione, come nel modello prefigurato dal legislatore, o successivamente.

2.6. Fatte tali premesse, il ricorso è ricevibile, in quanto, nel caso di specie, non vi è stata alcuna comunicazione, da parte della stazione appaltante, della decisione assunta sulla richiesta di oscuramento dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria. Più precisamente la nota del 13 settembre 2023 contiene solo l'indicazione del sito su cui è messa a disposizione la documentazione di gara e di una pass-word per consultare gli atti oggetto di asserita privacy, mentre non vi è cenno né alla richiesta di oscuramento né ad una determinazione assunta sul punto.

3. In ordine all'impugnazione della decisione di oscuramento, che, nel caso di specie, non è stata mai comunicata, occorre evidenziare che, ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a, d.lgs. n. 36 del 2023, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione possono essere esclusi 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 e commerciali.

Con riguardo all'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016 si è affermato che è escluso l'accesso a quella parte dell'offerta strettamente afferente al know how del singolo concorrente, vale a dire all'insieme di conoscenze professionali, che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 settembre 2023, n. 8382). Ai fini della limitazione del diritto di accesso di un concorrente in una gara pubblica agli atti e ai documenti tecnici della controinteressata aggiudicataria, non è però sufficiente l'affermazione che questi ultimi attengono al proprio *know how*. È necessario che sussista una 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 comprovabili caratteri di segretezza oggettiva, nel bilanciamento dei contrapposti interessi sottesi all'accesso agli atti, la trasparenza assoluta delle gare pubbliche è principio prevalente rispetto al *know how* dei singoli concorrenti (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 12 novembre 2020, n. 6523).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha precisato che “*l'amministrazione aggiudicatrice non può essere vincolata dalla semplice affermazione di un operatore economico secondo la quale le informazioni trasmesse sono riservate, ma deve esigere che tale operatore dimostri la natura realmente riservata delle informazioni alla cui divulgazione esso si oppone (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2021, *Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, punto 117). (...) Inoltre, al fine di rispettare il principio generale di buona amministrazione e di conciliare la tutela della riservatezza con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, l'amministrazione aggiudicatrice deve non solo motivare la sua decisione di trattare determinati dati come riservati, ma deve altresì comunicare in una forma neutra, per quanto possibile e purché una siffatta comunicazione sia tale da preservare la natura riservata degli elementi specifici di tali dati per i quali una protezione è giustificata a tale titolo, il loro contenuto essenziale a un offerente escluso che li richiede, e più in particolare il contenuto dei dati concernenti gli*

aspetti determinanti della sua decisione e dell'offerta [essendo contraria ai principi del diritto dell'Unione Europea] una prassi delle amministrazioni aggiudicatrici consistente nell'accogliere sistematicamente le richieste di trattamento riservato motivate da segreti commerciali” (Corte di Giustizia dell’Unione Europea, IV, sentenza 17 novembre 2022, causa C-54/21).

Va, però, ricordato che recentemente è stata rimessa alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 t.f.u.e., la questione pregiudiziale “se l'art. 39, direttiva 2014/25/UE — da cui si desume, così come dall'art. 28 direttiva 2014/23/UE e dall'art. 21 direttiva 2014/24/UE, che il conflitto tra il diritto alla tutela giurisdizionale e il diritto alla tutela dei segreti commerciali è risolto mediante un bilanciamento che non attribuisce necessaria prevalenza al primo — osti alla disciplina nazionale contenuta nell'art. 53, comma 6, d. lgs. n. 50/2016, che dispone di esibire la documentazione contenente segreti tecnici o commerciali nel caso di accesso preordinato alla tutela giurisdizionale, senza prevedere modalità di bilanciamento che tengano conto delle esigenze di tutela dei segreti tecnici o commerciali” (Consiglio di Stato sez. V, 15 ottobre 2024, n.8278) – problematiche che sussistono anche con riferimento all'art. 35, ultimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023.

Alla luce di tali premesse, nel caso di specie, in cui, da un lato, la decisione in ordine all’oscuramento non è stata comunicata, da parte della stazione appaltante, che, peraltro, non si è neppure costituita in giudizio, e, dall’altro, non è visionabile l’offerta tecnica, non è possibile verificare la sussistenza dei presupposti dell’accesso ed ordinare l’esibizione. Pertanto, allo stato, può solo annullarsi la determinazione del tutto implicita e conseguentemente immotivata di oscuramento, ordinando alla stazione appaltante l’ostensione dell’offerta tecnica della controinteressata, salva l’adozione, nel termine di dieci giorni dalla notificazione della presente sentenza, di una decisione esplicita di oscuramento limitatamente alle informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della stessa, che costituiscano segreti tecnici e

commerciali motivati e comprovati, compatibili con la tipologia di servizio in esame, prevalenti rispetto all'istanza difensiva della ricorrente.

10. In definitiva, l'appello è ricevibile e fondato nei limiti di cui in motivazione.

Le spese di lite vanno rimesse all'esito del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara il ricorso di cui all'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 ricevibile e lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Fantini, Presidente FF

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Francesca Picardi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Picardi

IL PRESIDENTE
Stefano Fantini

IL SEGRETARIO