

L'accesso agli atti in caso di accoglimento dell'istanza di oscuramento

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 12-4-2025

La postulata coesistenza di due riti in materia di accesso sarebbe erronea, giacché l'art. 36 d.lgs. n. 36 del 2023 contiene in realtà un regime in sé compiuto e autonomo da quello generale sull'accesso ex art. 116 cod. proc. amm, e sarebbe perciò applicabile all'interezza delle questioni afferenti all'accesso in ambito di procedure di gara.

(...) L'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023 prevede al riguardo che: "nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)" (quest'ultima disposizione riguarda infatti la possibile esclusione dell'accesso o della divulgazione di informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali).

Il successivo art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 dispone che: "Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intimare possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso".

Nel caso di specie s'è in presenza proprio di una determinazione della stazione appaltante di accoglimento dell'istanza di oscuramento avanzata da Copernico, afferente "a tutta l'offerta tecnica, all'offerta economica ed agli eventuali giustificativi".

Ne consegue che avverso tale determinazioni l'interessata avrebbe dovuto proporre ricorso entro i termini e con le modalità di cui all'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023.

Non si è, infatti, nella specie in presenza della mera omissione della pubblicazione di un documento dovuto, ovvero del silenzio su un'istanza d'accesso proposta, bensì dell'accoglimento di una richiesta di oscuramento ex art. 36, comma 3 e art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023, con conseguente mancata esibizione di alcuni documenti.

N. 02616/2025REG.PROV.COLL.

N. 09079/2024 REG.RIC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9079 del 2024, proposto da Copernico soc. cons. p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Giustiniani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone, 78;

contro

IC Servizi Consorzio Stabile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Orlando, Antonietta Favale e Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Atac s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Cangiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Integra soc. coop., Pfe s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 21628/2024, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di IC Servizi Consorzio Stabile a r.l. e di Atac s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2025 il Cons. Alberto Urso e uditi per

le parti gli avvocati Giustiniani e Cangiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. IC Consorzio Stabile a r.l., terzo classificato nella procedura di gara indetta da Atac s.p.a. con bando del 2 novembre 2023 per l'affidamento del servizio di pulizia a ridotto impatto ambientale di sedi, aree pertinenziali, stazioni metro-ferroviarie e altri locali, nonché dello svolgimento di altre correlate attività, chiedeva alla stazione appaltante di accedere alle offerte tecniche presentate dall'aggiudicatario Copernico soc. cons. p.a. e dalla seconda graduata Consorzio Integra soc. coop., nonché ai giustificativi inerenti alla verifica di anomalia prodotti dallo stesso Copernico.

A fronte del mancato riscontro di tale richiesta, lo stesso IC Consorzio Stabile proponeva davanti al Tribunale amministrativo per il Lazio ricorso per l'accesso lamentando la violazione dell'art. 36 d.lgs. n. 36 del 2023, stante l'omessa pubblicazione e ostensione dei suddetti documenti da parte di Atac.

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza di Atac e di Copernico, superate le eccezioni preliminari di irricevibilità e inammissibilità, accoglieva il ricorso, ritenendo che i suddetti documenti ben rientrassero fra quelli che la stazione appaltante doveva mettere a disposizione del concorrente, nella specie interessato a conoscerli per poter proporre impugnazioni nella qualità di terzo classificato in graduatoria di gara.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello Copernico deducendo:

I) *error in iudicando* in relazione all'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36, comma 3 e 4, d.lgs. n. 36 del 2023;

II) *error in iudicando* in relazione all'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per l'impossibilità di una pronuncia su un potere non ancora esercitato: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm.;

III) *error in iudicando* per omessa pronuncia in relazione all'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse difensivo: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm.;

IV) *error in iudicando* in relazione al primo motivo ricorso di primo grado: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 35 e 36 d.lgs. n. 36 del 2023 e degli artt. 22 e 24, comma 7, l. n. 241 del 1990.

4. L'amministrazione, costituita in giudizio, aderisce all'appello, mentre vi resiste IC Consorzio Stabile; non s'è costituito in giudizio l'intimato Consorzio Integra.

5. Alla camera di consiglio del 27 febbraio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Col primo motivo di gravame, l'appellante si duole dell'errore che il giudice di primo grado avrebbe commesso nel non tener conto della decisione assunta dall'amministrazione, ai sensi dell'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023, di accoglimento delle richieste di oscuramento avanzate da Copernico.

Quest'ultimo aveva infatti richiesto, in sede di offerta, l'oscuramento della relazione tecnica e dei giustificativi, e la richiesta era stata espressamente accolta dall'Atac.

Di qui la necessaria proposizione del relativo ricorso entro il termine di 10 giorni, ai sensi dell'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023, con conseguente tardività del ricorso di primo grado proposto successivamente a tale termine.

In tale prospettiva, l'omessa pubblicazione della relazione tecnica e dei giustificativi sarebbe dipesa proprio dal fatto che l'amministrazione aveva accolto la corrispondente richiesta dell'interessato.

A ciò si aggiunga che, in ogni caso, anche la postulata coesistenza di due riti in materia d'accesso sarebbe erronea, giacché l'art. 36 d.lgs. n. 36 del 2023 contiene in realtà un regime in sé compiuto e autonomo da quello generale sull'accesso ex art. 116 Cod. proc. amm., e sarebbe perciò applicabile all'interezza delle questioni afferenti all'accesso in ambito di procedure di gara.

1.1. Il motivo è condivisibile e va accolto, nei termini e per le ragioni che seguono.

1.1.1. Emerge dalla documentazione in atti che con la comunicazione di aggiudicazione la stazione appaltante dichiarava espressamente che *“ai sensi dell'articolo 36, comma 3, del D.lgs. 36/2023, [...] ATAC S.p.A. ha ritenuto di accogliere le richieste di oscuramento di parti dell'offerta presentata da Copernico Società Consortile per Azioni”*.

L'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023 prevede al riguardo che *«Nella comunicazione dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente concedente dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2, indicate dagli operatori ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a)»* (quest'ultima disposizione riguarda infatti la possibile esclusione dell'accesso o della divulgazione di informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali).

Il successivo art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023 dispone che *«Le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui*

all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. Le parti intimare possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso».

Nel caso di specie s'è in presenza proprio di una determinazione della stazione appaltante di accoglimento dell'istanza di oscuramento avanzata da Copernico, afferente "a tutta l'offerta tecnica, all'offerta economica ed agli eventuali giustificativi" (cfr. richiesta di oscuramento del 22 gennaio 2024, sub doc. 1 Copernico, non contestata dalle altre parti e producibile in appello in quanto atto del procedimento amministrativo, come tale di per sé "indispensabile" nel decidere: cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2020, n. 2385; 3 gennaio 2025, n. 31; II, 13 dicembre 2024, n. 10074; III, 13 giugno 2024, n. 5306; V, 28 maggio 2024, n. 4733).

Ne consegue che avverso tale determinazione l'interessata avrebbe dovuto proporre ricorso entro i termini e con le modalità di cui all'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023.

Non si è, infatti, nella specie in presenza della mera omissione della pubblicazione di un documento dovuto, ovvero del silenzio su un'istanza d'accesso proposta, bensì dell'accoglimento di una richiesta di oscuramento ex art. 36, comma 3 e art. 35, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 36 del 2023, con conseguente mancata esibizione di alcuni documenti.

Essendo mancata la (tempestiva) impugnazione di tale provvedimento, il ricorso di primo grado proposto nei confronti dell'appellante andava dichiarato inammissibile, risolvendosi nella pretesa di accedere ai documenti pur a fronte del provvedimento inoppugnato che vi precludeva, o comunque irricevibile per tardiva censura del medesimo provvedimento e delle limitazioni all'accesso adottate.

Il che è sufficiente all'accoglimento dell'appello e alla riforma della sentenza di primo grado in relazione a quanto qui controverso, con conseguente dichiarazione d'inammissibilità del ricorso di primo grado.

2. In conclusione, per le suesposte ragioni, l'appello va accolto, e, in riforma della sentenza, va dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, nei sensi suesposti.

2.1. La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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 impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado, come in motivazione;

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **2616** dello scorso 28 marzo, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è occupata della tematica relativa **all'accesso agli atti nell'ambito delle procedure di gara e, in particolare, dell'ipotesi in cui un operatore economico abbia ottenuto l'oscuramento ai sensi dell'art. 35 d.lgs. n. 36 del 2023.**

Secondo l'**art. 36, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023** la stazione appaltante, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, **deve rendere accessibile e disponibile l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario a tutti i candidati e offerenti non esclusi.**

Inoltre, ai sensi del **comma 3** del medesimo articolo, con la stessa comunicazione **deve anche dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte** indicate dagli operatori ai sensi **dell'art. 35, comma 4, lettera a).**

Infatti, secondo quest'ultima disposizione, **il diritto di accesso può 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.**

Tanto premesso, qualora la stazione appaltante accolga la suddetta richiesta di oscuramento presentata da un operatore economico, la mancata accessibilità e divulgazione di un determinato dato, informazione o documento non può essere considerata omessa ostensione di un documento dovuto o un'ipotesi di silenzio su un'istanza di accesso proposta.

Per tale ragione, il Consiglio di Stato chiarisce che la postulata coesistenza di due riti in materia di accesso sarebbe erronea, giacché **l'art. 36 d.lgs. n. 36 del 2023 contiene in realtà un regime in sé compiuto e autonomo da quello generale sull'accesso ex art. 116**

c.p.a., e sarebbe perciò applicabile all'interezza delle questioni afferenti all'accesso in ambito di procedure di gara.

Infatti, il citato art. 36 prevede che le decisioni di cui al suddetto comma 3 dello stesso articolo (ovvero gli accoglimenti delle istanze di oscuramento) sono impugnabili, ex art 116 c.p.a., con ricorso notificato e depositato **entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione** e le parti intimare possono costituirsi entro dieci giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notifica del ricorso.