

L'operatore economico escluso dalla procedura concorrenziale prima dell'aggiudicazione definitiva ha già e comunque il diritto di accesso agli atti relativi alla detta esclusione

di Vittoria Chiacchio

Data di pubblicazione: 19-11-2025

Ritenuto che in effetti l'atto di differimento sia illegittimo in quanto l'impresa esclusa dalla gara prima dell'aggiudicazione ha il diritto di accesso agli atti relativi alla sua esclusione in quanto l'art. 90 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 prevede che: "1. Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall'adozione: d) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta".

Guida alla lettura

Con l'ordinanza in commento, il TAR meneghino – adito in sede di impugnazione di un provvedimento con cui la Stazione appaltante “**differiva**” al provvedimento di aggiudicazione definitiva l'istanza di accesso agli atti formulata da parte dell'operatore economico **escluso** – ne dichiara l'illegittimità.

In particolare, il Collegio – ritenuto inconferente il richiamo operato dalla S.A. **all'art. 35, comma 2 D.Lgs. n. 36/2023** - dichiara il principio di diritto alla stregua del quale **l'operatore economico escluso dalla procedura concorrenziale prima dell'aggiudicazione definitiva abbia già e comunque il diritto di accesso agli atti relativi alla detta esclusione in ossequio al dettato di cui all'art. 90 D.Lgs. n. 36/2023.**

Ratio della da ultimo cennata norma è, difatti, duplice:

- a. consentire a **ciascun concorrente escluso di contestare non solo** l'esclusione detta **ma anche** le successive determinazioni della Stazione appaltante che gli arrecherebbero pregiudizio;
- b. consequenzialmente, garantire una **tutela effettiva nei confronti non solo dell'aggiudicazione ad altri operatori ma anche della propria esclusione.**

L'ordinanza in commento, seppur brevissima, offre, però, lo spunto per **scolpire i punti salienti del diritto di accesso agli atti, come disciplinato dal vigente codice degli appalti.**

Appare opportuno analizzare, brevemente, gli artt. **35 e 36 D.Lgs. n. 36, cit.**

Art. 35 D.Lgs., n. 36/2023

Il comma 1 dell'epigrafato articolo (a differenza del comma 1 del previgente art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016) richiama espressamente le **norme del D.Lgs. n. 33/2013** sull'accesso civico generalizzato derivandone che **ogni cittadino può richiedere, attraverso tale istituto, la documentazione di gara (in particolare, v. in termini Cons. Stato, n. 7201/2025).**

Il comma 2 disciplina, invece, il differimento dell'accesso agli atti.

Il comma 3 prospetta la responsabilità penale ex art. 326 c.p. dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio che abbiano reso accessibili o conoscibili i dati prima dei termini di differimento di cui al comma 2 del medesimo art. 35.

I comma 4 e 5 disciplinano le ipotesi di esclusione dall'accesso e, in particolare, la lettera a) contempla *“la limitazione dell'accesso in relazione alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima quando queste costituiscano, secondo motivata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali, anche risultanti (come di recente previsto dal “Correttivo”) da scoperte, innovazioni, progetti tutelati da titoli di proprietà industriale, nonché di contenuto altamente tecnologico”.*

Rispetto a tale connotazione di segretezza, appare opportuno segnalare la pronuncia del **Consiglio di Stato (sez. V, 15.10.2024, n. 8257)**, secondo la quale l'informazione da tutelare deve essere *“connotata da comprovabili caratteri di **segretezza oggettiva**”, non essendo sufficiente l'affermazione di un particolare **know how** o l'esistenza di un **brevetto***. Il concorrente deve dimostrare (anche in coerenza con la definizione normativa di cui all'art. 98 del D.Lgs. n. 30/2005) che il modello, ovvero l'idea da “proteggere” sia suscettibile di trovare applicazione in una serie indeterminata di affidamenti e sia in grado di differenziare il valore della prestazione offerta solo a condizione che gli altri operatori non ne vengano mai a conoscenza. A fronte della dichiarazione di pretesa riservatezza da parte del concorrente, **l'Amministrazione** è comunque tenuta per parte sua ad un **autonomo e discrezionale apprezzamento**, sotto il profilo della **validità e della pertinenza delle ragioni opposte a sostegno del diniego**.

Le ulteriori ipotesi previste al **comma 4** prevedono a carico della Stazione appaltante un obbligo di esclusione del diritto di accesso agli atti e di ogni forma di divulgazione in relazione ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice (per quanto si debba segnalare che alcune sentenze hanno riconosciuto l'accessibilità ai pareri legali allorché gli stessi abbiano concorso, come atti endoprocedimentali, alla scelta istituzionale operata dall'Ente).

Importanza cruciale riveste il comma 5 dell'articolo in parola, ove si prevede che **l'accesso ai segreti tecnici e alle piattaforme digitali debba in ogni caso essere consentito al concorrente, quando l'accesso stesso sia indispensabile per la difesa in giudizio dell'operatore economico**. Il Codice introduce quindi il concetto della **“indispensabilità” in relazione alla difesa in giudizio**.

Il “Correttivo” ha introdotto nell'art. 35 **il nuovo comma 5-bis**, che impone agli operatori economici di trasmettere alla Stazione appaltante e agli Enti concedenti il consenso al

trattamento dei dati tramite il fascicolo virtuale.

Art. 36 D.Lgs. n. 36/2023. L'importante novità dell'attuale codice

L'art. 36, cit. fissa una disciplina speciale e assolutamente nuova per i concorrenti in gara non esclusi definitivamente.

Il comma 1 prevede che, al termine della procedura di gara e dal momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90 del Codice, i candidati e gli offerenti non definitivamente esclusi possono accedere in maniera digitale ai verbali di gara, all'offerta dell'aggiudicatario (fatti salvi eventuali oscuramenti), agli atti, ai dati e alle informazioni relativi all'aggiudicazione, al fine di verificare illegittimità e/o errori nell'operato dell'Amministrazione.

Agli operatori economici, primi cinque in graduatoria, ai sensi del comma 2 del medesimo art. 36, sono rese addirittura reciprocamente disponibili, sempre attraverso la piattaforma di e-procurement, l'offerta dell'aggiudicatario e le offerte degli altri concorrenti entro appunto il quinto posto in graduatoria.

La cennata previsione ha, quindi, quale precipua finalità quella di rendere più agevole ed immediato l'accesso reciproco dei primi cinque concorrenti i quali non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso.

Con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, vengono – difatti - rese note anche le decisioni della Stazione appaltante circa le richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dai concorrenti per tutelare i propri segreti tecnici o commerciali (comma 3 dell'art. 36). Tali decisioni sono impugnabili entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, ai sensi e nelle forme di cui all'art. 116 del d.lgs. n. 104/2010. L'Amministrazione, nel caso in cui ritenga insussistenti le ragioni di segretezza, non può comunque ostendere le parti dell'offerta di cui è stato chiesto l'oscuramento prima del decorso del termine di dieci giorni sopra indicato. Il suddetto meccanismo, che ha il pregio di velocizzare la procedura e il consolidamento dell'aggiudicazione, comporta quindi (a differenza del passato) che gli operatori economici inseriscano già nell'offerta una dichiarazione articolata e motivata circa la presenza di segreti tecnici e commerciali. Ai sensi del comma 6 dell'art. 36, qualora gli operatori economici indichino come segrete alcune parti delle offerte senza giustificata motivazione, la Stazione appaltante - oltre a rigettare le istanze dei concorrenti - potrà segnalare all'ANAC le richieste di oscuramento illegittime.

L'ANAC, nel caso di reiterati rigetti di istanze di oscuramento, può comminare all'operatore economico una sanzione pecuniaria.

Per mera completezza di analisi e poiché conferente al tema di accesso agli atti si segnala, altresì, l'ordinanza della Corte di Giustizia Europea, 10 giugno 2025 (in causa C-686/24) la quale ha affrontato la questione del bilanciamento tra il diritto di accesso alla documentazione di gara e la correlata tutela dei segreti commerciali resa con

riferimento al precedente Codice (n. 50/2016) ma di forte impatto anche sull'attuale.

La Corte - su interpello del Consiglio di Stato circa la **compatibilità dell'art. 53 comma 6 D.Lgs n. 50 cit. con le direttive unionali appalti** - ha, difatti, statuito che l'articolo 39 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, in combinato disposto con gli articoli 70 e 75 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso **osta a una disciplina nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, che richiede che l'accesso alla documentazione contenente segreti tecnici o commerciali trasmessa da un offerente sia concesso a un altro offerente, qualora tale accesso sia necessario al fine di garantire il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di quest'ultimo nell'ambito di una procedura connessa all'aggiudicazione dell'appalto, senza che tale disciplina consenta agli enti aggiudicatori di procedere a un bilanciamento tra tale diritto e le esigenze relative alla tutela dei segreti tecnici o commerciali.**

Tale pronuncia avrà, di fatto, ripercussioni pratiche su quanto disciplinato dal comma 5 dell'analizzato art. 35 dell'attuale codice.

Attendiamo, quindi, le correlate pronunce!

Pubblicato il 17/11/2025

03697/2025 REG.PROV.COLL.

03381/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 3381 del 2025, integrato da motivi aggiunti, proposto da Gruppo San Michele S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla

procedura CIG B507195E2E, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Pregnotato, con domicilio eletto presso lo studio Antonello Mandarano in Milano, via della Guastalla 6;

Regione Lombardia, non costituito in giudizio;

Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti – Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras, Maurizio Tommasi, con domicilio eletto presso lo studio Claudia Sala in Milano, via T.Taramelli, 26;

nei confronti

Punto Service- Cooperativa Sociale A R.L., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1) del provvedimento di esclusione della ricorrente – comunicato con pec della “Amministrazione del sistema SinTEL” datata 04.08.2025 dall'indirizzo eprocurement@pec.acquisti.ariaspa.it – dalla “Procedura ID 194928374. Appalto 55/2024 Affidamento in concessione del servizio per la gestione delle Residenze Sanitarie Assistenziali/Centri Diurni Integrati – R.S.A./C.D.I.”Ferrari” e “Per Coniugi” di proprietà comunale” CIG B507195E2E, per un importo complessivo stimato pari ad euro 57.565.558,00;

2) di tutti gli atti, note e verbali della gara di cui sub 1), nessuno escluso ed ivi compresi: il verbale di gara n. 8 del 29.07.2025, non conosciuto e non osteso nonostante apposite e reiterate richieste, in cui – secondo la comunicazione di cui sub 1) – sono riportate le valutazioni della Commissione giudicatrice di non convenienza e non sostenibilità del PEF presentato dalla ricorrente e quindi le specifiche motivazioni della prefata esclusione; il verbale di gara del 06.08.2025 parimenti non conosciuto recante la proposta di aggiudicazione in favore dell'operatore economico Punto Service – cooperativa sociale a r.l.; nonché qualsiasi altro verbale e provvedimento di esclusione, ancorché non trasmesso e non conosciuto;

3) delle note del Comune di Milano prot. 0418799.U. del 05.08.2025 e prot. 0424291.U del 08.08.2025 con cui sono è stata reiteratamente denegata la trasmissione di copia del menzionato verbale n. 8 del 29.07.2025 o comunque di un estratto di esso contenente le motivazioni dell'esclusione cui sub 1);

4) del bando, del disciplinare, del capitolato d'appalto e di ogni altro elaborato di gara, ove interpretati in senso diverso rispetto ai motivi di ricorso;

5) di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e consequenziale che, comunque, possa ledere gli interessi della società ricorrente, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione frattanto adottato, il contratto d'appalto frattanto intervenuto tra l'appaltante e l'operatore economico aggiudicatario e l'eventuale consegna del servizio in via d'urgenza.

Nonché

ex art. 116, comma 2, cpa ed in via istruttoria

per l'emissione dell'ordine di esibire: detto verbale di gara n.8 del 29.07.2025 o quantomeno un estratto dello stesso contenente le motivazioni dell'esclusione gravata o, se del caso, la riproduzione di dette motivazioni; nonché tutti gli altri verbali di gara nessuno escluso e l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva frattanto adottato. Il tutto ai fini del compiuto esercizio del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione, previo annullamento dei dinieghi di cui sub 3).

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da GRUPPO SAN MICHELE S.R.L. il 6102025 :

per l'annullamento, previa sospensione e/o emanazione di ogni altra opportuna misura cautelare:

1) della nota prot. rif. 682591/2024 prot. 05/08/2025.0418125.U. del Comune di Milano avente ad oggetto: "APPALTO N. 55/2024 – CIG B507195E2E – CUP: B49G20000770004 AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO PER LA GESTIONE DELLE RESIDENZE SANITARIE ASSISTENZIALI/CENTRI DIURNI INTEGRATI – R.S.A./C.D.I."FERRARI" E "PER CONIUGI" DI PROPRIETÀ COMUNALE. COMUNICAZIONE DI ESCLUSIONE";

2) di tutte le note, comunicazioni e verbali della gara di cui sub 1), nessuno escluso, ivi compresi: comunicazione dalla piattaforma Sintel del 04.08.2025 recante comunicazione di esclusione; comunicazione da piattaforma Sintel del 06.08.2025 circa la proposta di aggiudicazione in favore di Punto Service Coop. sociale a r.l.; verbale di gara n.3 del 04.08.2025 recante l'esclusione di cui sub 1); verbale di gara n.4 del 06.08.2025; verbali di gara n.1 e n.2; comunicazione di esclusione da piattaforma Sintel del 05.08.2025;

Ed in relazione al primo ricorso RG n.3381/2025

1) del provvedimento di esclusione della ricorrente – comunicato con pec della "Amministrazione del sistema SinTEL" datata 04.08.2025 dall'indirizzo eprocurement@pec.acquisti.ariaspa.it – dalla "Procedura ID 194928374. Appalto 55/2024 Affidamento in concessione del servizio per la gestione delle Residenze Sanitarie Assistenziali/Centri Diurni Integrati – R.S.A./C.D.I."Ferrari" e "Per Coniugi" di proprietà comunale" CIG B507195E2E, per un importo complessivo stimato pari ad euro 57.565.558,00;

2) di tutti gli atti, note e verbali della gara di cui sub 1), nessuno escluso ed ivi compresi: il verbale di gara n. 8 del 29.07.2025, non conosciuto e non osteso nonostante apposite e

reiterate richieste, in cui – secondo la comunicazione di cui sub 1) – sono riportate le valutazioni della Commissione giudicatrice di non convenienza e non sostenibilità del PEF presentato dalla ricorrente e quindi le specifiche motivazioni della prefata esclusione; il verbale di gara del 06.08.2025 parimenti non conosciuto recante la proposta di aggiudicazione in favore dell'operatore economico Punto Service – cooperativa sociale a r.l.; nonché qualsiasi altro verbale e provvedimento di esclusione, ancorché non trasmesso e non conosciuto;

3) delle note del Comune di Milano prot. 0418799.U. del 05.08.2025 e prot. 0424291.U del 08.08.2025 con cui è stata reiteratamente denegata la trasmissione di copia del menzionato verbale n. 8 del 29.07.2025 o comunque di un estratto di esso contenente le motivazioni dell'esclusione cui sub 1);

4) del bando, del disciplinare, del capitolato d'appalto e di ogni altro elaborato di gara, ove interpretati in senso diverso rispetto ai motivi di ricorso;

5) di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e consequenziale che, comunque, possa ledere gli interessi della società ricorrente, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione frattanto adottato, il contratto d'appalto frattanto intervenuto tra l'appaltante e l'operatore economico aggiudicatario e l'eventuale consegna del servizio in via d'urgenza.

Nonché

ex art. 116, comma 2, cpa ed in via istruttoria per l'emissione dell'ordine di esibire: detto verbale di gara n.8 del 29.07.2025 o quantomeno un estratto dello stesso contenente le motivazioni dell'esclusione gravata o, se del caso, la riproduzione di dette motivazioni; nonché tutti gli altri verbali di gara nessuno escluso e l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva frattanto adottato. Il tutto ai fini del compiuto esercizio del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione, previo annullamento dei dinieghi di cui sub 3).

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti – Aria S.p.A.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2025 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato che

– con il ricorso depositato in data 10/09/2025 con il quale la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione della ricorrente – comunicato con pec della “Amministrazione del sistema SinTEL” datata 04.08.2025 dall'indirizzo eprocurement@pec.acquisti.ariaspa.it – dalla “Procedura ID 194928374. Appalto 55/2024 Affidamento in concessione del servizio per la gestione delle Residenze Sanitarie Assistenziali/Centri Diurni Integrati –

R.S.A./C.D.I. "Ferrari" e "Per Coniugi" di proprietà comunale", la medesima la proposto istanza ex art. 116, comma 2, CPA per l'accesso agli atti di gara attinenti alla sua esclusione;

– il Comune ha differito la richiesta di accesso con la risposta in data 5.8.2025, nella quale ha affermato che *"si comunica che la gara è ancora in corso (non è ancora intervenuta l'aggiudicazione), ai sensi dell'art. 35 comma 2 del Codice dei Contratti Pubblici D. Lgs. 36/2023, il diritto di accesso in relazione alla documentazione richiesta è differito fino all'aggiudicazione (non ancora intervenuta).*

Si precisa che ai sensi dell'art. 36 comma 1, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione saranno resi disponibili contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione";

Con atto in data solo in data 24.10.2025, ossia contestualmente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione della commessa in esame, il Comune ha consentito di accedere al verbale di gara n. 8 del 29.07.2025 recante le motivazioni dell'esclusione, sul quale la ricorrente si è riservata la proposizione di motivi aggiunti;

– la materia del contendere in materia di accesso è quindi cessata;

Rilevato inoltre che la ricorrente ha chiesto che spese e competenze siano poste a carico del

Comune di Milano e da distrarre in favore del difensore;

Ritenuto che in effetti l'atto di differimento sia illegittimo in quanto l'impresa esclusa dalla gara prima dell'aggiudicazione ha il diritto di accesso agli atti relativi alla sua esclusione in quanto l'art. 90 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 prevede che *1. Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall'adozione: d) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta;*

– la norma è conforme alla giurisprudenza interna e comunitaria (C. giust. UE, VIII, 21.12.2016 C-355/15) secondo la quale *"come risulta dall'articolo 1, paragrafo 3, e dall'articolo 2 bis della direttiva 89/665, quest'ultima assicura l'esercizio di ricorsi efficaci avverso le decisioni irregolari nell'ambito di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, consentendo ad ogni partecipante escluso di contestare non solo la decisione di esclusione, ma anche, fintantoché detta contestazione è pendente, le successive decisioni che gli arrecherebbero pregiudizio ove la propria esclusione fosse annullata";*

– dev'essere quindi garantita una tutela effettiva nei confronti non solo dell'aggiudicazione ad altri ma anche dell'esclusione;

– il richiamo contenuto nell'atto di riferimento all'art. 35, comma 2, del D. Lgs. 36/2023 è illegittimo in quanto la norma attiene esclusivamente all'accesso alla documentazione degli altri partecipanti e non a quella che attiene alla propria posizione giuridica;

– infatti il diritto d'accesso del soggetto non definitivamente escluso è limitato agli atti che lo riguardano direttamente e non a quelli dei terzi, cui si riferiscono gli artt. 35 e 36 del Codice dei contratti pubblici, come desumibile anche dal fatto che, per giurisprudenza consolidata, il ricorso avverso l'esclusione dalla procedura di una gara d'appalto non comporta, prima del provvedimento finale, l'onere di notifica ai controinteressati;

– Ritenuto comunque che la novità della questione relativa all'ambito di applicazione dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici giustifichi la compensazione delle spese di lite, tranne la restituzione del contributo unificato relativo all'accesso, se pagato

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) dichiara cessata la materia del contendere con riferimento all'istanza di accesso.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Marilena Di Paolo, Referendario