# Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 2616 del 28 marzo 2025

Appalti di servizi – Accesso agli atti – Accoglimento istanza di oscuramento offerta tecnica – OE istante avrebbe dovuto impugnare entro 10 giorni tale provvedimento

Pubblicato il 28/03/2025

**N. 02616/2025REG.PROV.COLL.**

**N. 09079/2024 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 in appello numero di registro generale 9079 del 2024, proposto da (…), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (…), con domicilio eletto presso il suo studio in (…);

contro

(…), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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

nei confronti

(…) soc. coop., (…) 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 (…) e di (…) 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 (…) e (…);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. (…), terzo classificato nella procedura di gara indetta da (…) 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 (…) e dalla seconda graduata (…), nonché ai giustificativi inerenti alla verifica di anomalia prodotti dallo stesso (…).

A fronte del mancato riscontro di tale richiesta, lo stesso (…) 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 (…).

2. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza di (…) e di (…), 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 (…) 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 (…); non s'è costituito in giudizio l'intimato (…).

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 (…).

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'(…).

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,* […] *(…) S.p.A. ha ritenuto di accogliere le richieste di oscuramento di parti dell'offerta presentata da (…)*".

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 intimate 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 (…), afferente "*a tutta l'offerta tecnica, all'offerta economica ed agli eventuali giustificativi*" (cfr. richiesta di oscuramento del 22 gennaio 2024, *sub* doc. 1 (…), 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

| L'ESTENSORE | IL PRESIDENTE |
|---|---|
| **Alberto Urso** | **Paolo Giovanni Nicolo' Lotti** |

IL SEGRETARIO