

La decisione della stazione appaltante o dell'ente concedente sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte può essere impugnata, esclusivamente, secondo il rito "specialissimo" previsto dall'art. 36, comma 4, del d.lgs. 36/2023

di Giuseppe Misserini

Data di pubblicazione: 27-11-2024

La decisione assunta dalla stazione appaltante o dall'ente concedente sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte indicate dagli operatori economici ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a), del Codice dei contratti pubblici va impugnata, seguendo il rito speciale di cui al comma 4 del successivo art. 36, entro il termine di dieci giorni decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione effettuata ai sensi dell'art. 36, comma 1, dello stesso Codice. Pertanto, è irricevibile l'impugnazione del provvedimento di diniego di accesso su parti dell'offerta dell'aggiudicatario adottato dalla stazione appaltante successivamente alla comunicazione ai sensi del comma 1 del medesimo art. 36 e, dunque, alla scadenza del termine di dieci giorni ivi previsto.

Publicato il 24/10/2024

N. 02882/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02546/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2546 del 2024, proposto da Cooperativa Sociale Società Dolce Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dall'avvocato Paolo Pettinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Speciale Consortile Medio Olona Servizi Alla persona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Pellegrino e Antonio Passaro, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, largo Schuster n. 1;

nei confronti

Codess Sociale Societa' Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Emiliano Bandarin Troi, Flavia Degli Agostini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Progetto A Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Di Ienno, Lucia Licata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento di diniego di accesso integrale alla documentazione della gara avente ad oggetto l'“affidamento del servizio educativo di assistenza scolastica e servizi accessori dei Comuni di Castellanza, Fagnano Olona, Gorla Maggiore, Gorla Minore, Marnate, Olgiate Olona, Solbiate Olona per il periodo 1.08.2024-31.07.2027”, richiesta con istanza del 06.08.2024, e per l'accertamento del diritto della ricorrente all'accesso agli atti richiesti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Speciale Consortile Medio Olona Servizi Alla persona, della Codess Sociale Società Cooperativa Sociale e della Progetto A Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato che

con determinazione a contrarre n. 9/2024, l'Azienda Speciale Consortile Medio Olona ha indetto una gara per l'affidamento del servizio educativo di assistenza scolastica e servizi accessori dei Comuni di Castellanza, Fagnano Olona, Gorla Maggiore, Gorla Minore, Marnate,

Olgiate Olona, Solbiate Olona per il periodo 1.08.2024-31.07.2027;

in data 29.7.2024 la stazione appaltante ha pubblicato sulla piattaforma telematica e ha comunicato ai concorrenti – tra cui la Cooperativa Sociale Società Dolce soc.coop. – il provvedimento n. 23 del 29.7.2024 con cui è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore della Codess Sociale Società Cooperativa Sociale e con cui sono state accolte le richieste di oscuramento degli atti di gara formulate dai partecipanti ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 36/2023, ed è stata, quindi, consentita la trasmissione delle offerte tecniche in forma oscurata ai quattro operatori partecipanti alla gara;

in data 6 agosto 2024 la Cooperativa Sociale Società Dolce soc.coop ha domandato all'Azienda Speciale Consortile Medio Olona l'accesso alle offerte tecniche ed economiche dei primi due classificati nelle parti non ostese, ai verbali di valutazione delle due offerte, alla nota redatta dalla RTI Codess del 17.7.2024 e al verbale del 29.7.2024;

con ricorso notificato il 3.10.2024 la Cooperativa Sociale Società Dolce soc.coop. ha domandato l'annullamento del diniego perfezionatosi sull'istanza di accesso e, da ultimo, con la trasmissione documentale del 26.9.2024, con cui l'Azienda Speciale Consortile Medio Olona ha nuovamente osteso solo parzialmente le offerte del primo e del secondo classificato;

l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dall'Azienda Speciale Consortile Medio Olona, dalla Codess Sociale Società Cooperativa Sociale e dalla Progetto A Società Cooperativa Sociale è fondata;

l'art. 36 d.lgs. n. 36/2023 disciplina il procedimento di accesso agli atti, nella fase successiva alla conclusione della gara, prevedendo 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”* (comma 1) 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 presentate”* (comma 2). Viene specificato 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 ... indicate dagli operatori ...”* (comma 3). Con norma di carattere processuale si prevede, poi, 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”* (comma 4);

la Stazione appaltante è, quindi, obbligata, in via automatica e immediatamente, 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”*;

una volta messi a disposizione tali documenti, le impugnazioni delle “*decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte*” devono avvenire con rito speciale di cui al comma 4;

nel caso di specie il ricorso è stato notificato (il 3.10.2024) e depositato (il 9.10.2024), ben oltre il termine di dieci giorni decorrente dalla comunicazione dell’aggiudicazione effettuata dalla stazione appaltante, ai sensi dell’art. 36, c. 1, d.lgs. n. 36/2023, in data 29 luglio 2024 ed è pertanto tardivo (doc. 1 dell’Azienda Consortile Medio Olona);

né può certo valere a rimettere in termini la ricorrente la successiva presentazione di un’istanza con cui ha chiesto di potere accedere alle offerte nelle parti oscurate, pena l’aggiramento del termine di decadenza previsto all’art. 36, d.lgs. n. 36/2023: il diniego formatosi su di essa ha invero carattere meramente confermativo della decisione di oscuramento adottata con il provvedimento n. 23 del 29.7.2024;

per le ragioni esposte il ricorso deve essere dichiarato irricevibile;

la novità del rito giustifica l’integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 con l’intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Silvia Torraca, Referendario

Guida alla lettura

La pronuncia in rassegna contribuisce, in maniera puntuale e compiuta, a delineare i **tratti del rito speciale** (*rectius* “specialissimo”) previsto dall’**art. 36, comma 4, del Codice dei contratti pubblici per l’impugnazione delle decisioni** assunte dalla stazione appaltante o dall’ente concedente **sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte** indicate dagli operatori ai sensi dell’art. 35, comma 4, lett. a), dello stesso Codice.

La fattispecie concreta su cui il TAR Milano viene chiamato a pronunciarsi è la seguente.

L'Azienda Speciale Consortile Medio Olona Servizi alla Persona **pubblica, sulla piattaforma telematica** utilizzata per la procedura di gara per l'affidamento del servizio educativo di assistenza scolastica dei propri Comuni di riferimento, **il provvedimento con cui** è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore del miglior offerente nonché **sono state accolte le richieste di oscuramento di parti delle offerte** formulate anche dall'aggiudicatario, con conseguente trasmissione ai quattro operatori partecipanti alla gara delle offerte tecniche in forma oscurata in accoglimento delle relative richieste di oscuramento.

Successivamente alla suddetta pubblicazione, un concorrente non risultato aggiudicatario presenta **domanda di accesso alle offerte** tecniche ed economiche dei primi due classificati **nelle parti oscurate**.

Sull'istanza di accesso documentale si forma il **diniego tacito**, successivamente **ribadito con la trasmissione solo parziale** - e, dunque, con l'oscuramento delle parti indicate ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a), del Codice - **delle offerte** del primo e del secondo classificato.

Avverso tali atti viene proposta impugnazione innanzi al Tar meneghino che, in accoglimento dell'eccezione spiegata dalla difesa della stazione appaltante, lo dichiara **irricevibile** in considerazione del fatto che, al momento della notificazione del ricorso introduttivo, risultasse abbondantemente **decorso il termine di dieci di cui al comma 4 dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici**.

L'impianto motivazionale della **declaratoria di irricevibilità muove dalla disciplina del procedimento di accesso agli atti nella fase successiva alla conclusione della gara**, tracciata dai primi tre commi dell'art. 36, in applicazione della quale **la stazione appaltante è obbligata**, in via automatica e con immediatezza, a mettere a reciproca disposizione dei primi cinque classificati nella procedura di gara le rispettive offerte nonché **a dare atto**, contestualmente alla comunicazione di aggiudicazione, **delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte**.

L'*iter* argomentativo della decisione in commento **si incentra, poi, sulla norma di carattere processuale dettata dal quarto comma dell'art. 36** la quale prevede che **l'impugnazione delle decisioni** assunte dalla stazione appaltante **in ordine alle richieste di oscuramento** di parte delle offerte debba essere **proposta entro dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione**, termine, questo, pacificamente scaduto nel caso di specie in cui l'impugnazione veniva proposta avverso il diniego tacito formatosi su un'autonoma richiesta di accesso ai documenti amministrativi, diniego "confermato" dalla trasmissione documentale delle offerte in forma oscurata, secondo quanto richiesto dagli offerenti.

Infine, sempre secondo la sentenza annotata, una rimessione in termini della ricorrente non potrebbe discendere dalla **successiva presentazione di un'autonoma richiesta di accesso alle parti oscurate** delle offerte atteso che, da un lato, un'istanza di tal sorta **è elusiva del termine decadenziale contemplato dall'art. 36, comma 4, del d.lgs. 36/2023**; dall'altro, il diniego formatosi sulla stessa istanza di accesso documentale ha carattere meramente

confermativo della decisione di oscuramento adottata a conclusione dello speciale procedimento di accesso agli atti nella fase successiva alla conclusione della gara e, dunque, con la comunicazione di aggiudicazione.

La decisione qui brevemente analizzata dà corretta attuazione ad una **importante novità introdotta dal d.lgs. n. 36/2023 in tema di accesso ai documenti di gara.**

Come rilevato nella Relazione al Codice dei contratti pubblici, la disciplina introdotta dal **comma 3 dell'art. 36 impone alle stazioni appaltanti di prendere posizione in merito alle eventuali richieste di oscuramento già al momento della pubblicazione dell'offerta dell'aggiudicataria**, con la conseguenza che sin da quel momento tali richieste *"... si intenderanno valutate anche per le eventuali parti segrete presenti, per come indicate dall'operatore economico in sede di presentazione dell'offerta ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a"*.

Ed invero, sempre secondo quanto riportato nella Relazione al Codice, *"la stazione appaltante già nella fase procedimentale della valutazione delle offerte ha, infatti, modo di considerare la sussistenza e la rilevanza delle ragioni di segretezza dichiarate dai partecipanti per la presenza di segreti tecnici o commerciali; proprio per ottimizzare i tempi, quindi, già in quella fase si valuterà se l'offerta, nel caso in cui dovesse risultare selezionata, potrà essere ostesa a tutti i partecipanti, nella sua interezza oppure andranno mantenute coperte, perché ritenute segrete, le parti indicate. In caso di messa a disposizione sulla piattaforma dell'offerta selezionata, con indicazione delle parti oscurate, il procedimento di accesso nella sua fase amministrativa si intende concluso per cui coloro che hanno interesse a conoscere le parti riservate dovranno adire direttamente il giudice amministrativo"*.

Pertanto, se è vero, come è vero, che **il procedimento di accesso agli atti nella fase successiva alla conclusione della gara si conclude con la messa a disposizione sulla piattaforma dell'offerta aggiudicataria** con delle parti oscurate secondo le indicazioni dell'offerente, ne consegue, inevitabilmente, che da quel momento decorrerà il breve termine di impugnazione di dieci giorni imposto dal rito processuale "specialissimo" dettato dal combinato disposto dei commi 3, 7 ed 8, dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici.

La decisione, poi, è conforme alla consolidata giurisprudenza amministrativa nella parte in cui qualifica in termini di elusività della natura decadenziale del termine di dieci giorni appena richiamato la presentazione di una autonoma richiesta di accesso ai documenti amministrativi, con conseguente impossibilità di impugnare il diniego, vuoi espresso vuoi tacito, formatosi su tale successiva richiesta. Infatti, come affermato dalla giurisprudenza sul punto, *"... dalla natura impugnatoria del processo in materia di accesso ai documenti amministrativi, nonostante la qualificazione dell'accesso come diritto, deriva l'inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione del diniego o del silenzio e l'impossibilità di reiterare la medesima istanza se non è stata contestata giudizialmente la precedente risposta negativa; sicché una nuova istanza di accesso può ritenersi ammissibile solo per fatti nuovi, sopravvenuti o meno, non rappresentati nell'originaria istanza o anche a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante"* (così, ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 maggio 2017, n.5484), con la conseguenza che *"non può eludersi, mediante la*

riproposizione della stessa domanda e la tempestiva impugnazione del secondo diniego, meramente confermativo, la perentorietà del termine per impugnare un diniego di accesso ai documenti amministrativi” (in tal senso T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 gennaio 2012, n. 63).

Sebbene emessa sui profili processuali della disciplina dettata dall'appena richiamato art. 36, la pronuncia del Tar Milano ha importanti riflessi anche di ordine procedimentale.

Il **d.lgs. n. 36/2023** sancisce la piena **autonomia del procedimento di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti** rispetto ai generali archetipi dell'accesso documentale (l. n. 241/90) e dell'accesso civico (d.lgs. n. 33/2013).

Come segnalato dalla Relazione al Codice, il comma 1 dell'art. 35 *“introduce le modifiche alla disciplina sull'accesso e riservatezza in tema di contratti pubblici resi necessarie al fine di allineare lo svolgimento della procedura di accesso all'utilizzo delle piattaforme di e-procurement; si precisa, infatti, che **le stazioni appaltanti assicurano l'accesso alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi dell'articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5 bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33”***.

Ebbene, l'**adeguamento del procedimento di accesso agli atti di gara all'utilizzo delle piattaforme di e-procurement**, nella parte in cui riguarda le decisioni assunte sulle richieste oscuramento di parti delle offerte, **finisce per attribuire allo stesso procedimento natura anch'essa “specialissima”**.

Mentre **il procedimento di accesso** a tutti gli altri atti della procedura di affidamento o della fase di esecuzione seguirà la scansione “ordinaria” tracciata dal primo comma dell'art. 35 del Codice, quello **avente ad oggetto le parti delle offerte oscurate si svolgerà secondo un'articolazione endogena alla sola procedura di affidamento**.

Infatti, la stretta applicazione della **disciplina procedimentale introdotta dall'art. 36 del d.lgs. 36/2023 non lascia spazio alla presentazione esoprocedimentale di richieste di accesso alle parti delle offerte ritenute dalla stazione appaltante meritevoli di oscuramento**: la comunicazione dell'aggiudicazione, decidendo sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte avanzate dagli operatori, definirà, in seno allo stesso procedimento di gara, l'ostensibilità integrale, o meno, delle offerte.

Ed invero, come correttamente affermato dalla decisione annotata, **una richiesta di accesso alle parti oscurate delle offerte presentata a seguito della comunicazione, ai sensi dell'art. 36, co. 3, del d.lgs. n. 36/2023, della decisione sul punto assunta dalla stazione appaltante non è in grado di dare avvio ad un autonomo procedimento di accesso**, essendo onere dell'operatore economico, interessato all'ostensione delle parti delle offerte considerate degne di oscuramento, impugnare la decisione della stazione appaltante innanzi al Giudice amministrativo secondo lo “specialissimo” rito delineato dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici.

Peraltro, a ben vedere, quanto appena rilevato sembra impedire, nel caso di presentazione di una richiesta di accesso alle parti delle offerte giudicate non ostensibili dalla stazione appaltante con la comunicazione di cui all'art. 36, co. 3, del Codice, la stessa formazione di un provvedimento tacito di rigetto ai sensi dell'art. 25, co. 4, l. n. 241/90: tale richiesta, infatti, non pare essere in grado di dare avvio ad alcun ulteriore procedimento di accesso, con la conseguenza che in tale ipotesi la stazione appaltante, al più, avrà il dovere di rigettare la medesima richiesta con una motivazione semplificata ai sensi dell'art. 2, co. 1, secondo periodo, della l. n. 241/90.

In conclusione, in tema di accesso alle parti delle offerte che i concorrenti hanno richiesto di oscurare, si delinea uno stretto parallelismo fra procedimento e processo: ad **un rito processuale "specialissimo"** si affianca **un iter procedimentale altrettanto "specialissimo"**.