

Il perimetro applicativo del rito ex art 36, comma 4 del D.Lgs n. 36/23

di Maria Nappo

Data di pubblicazione: 2-6-2025

La rimessione in termini, secondo la consolidata giurisprudenza, configura un istituto eccezionale, derogando alla generale perentorietà dei termini processuali, prevista a tutela del pubblico interesse al tempestivo e celere svolgimento del giudizio, oltre che della parità di trattamento delle parti processuali, da sottoporre ai medesimi termini processuali. La sua operatività è da ritenersi limitata alle ipotesi in cui sussista effettivamente un impedimento oggettivo ovvero un errore scusabile in cui sia incorsa la parte processuale, determinato da fatti oggettivi, rappresentati, di regola, dall'oscurità del dettato normativo o dalla formulazione incerta di disposizioni da poco entrate in vigore, dalla sussistenza di contrasti giurisprudenziali o da erronee rassicurazioni fornite da soggetti pubblici istituzionalmente competenti all'applicazione della normativa violata; le norme che la prevedono sono di stretta interpretazione in quanto la disciplina dei termini (in generale e quelli dei riti speciali abbreviati in particolare) è stabilita dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno applicazione oggettiva (cfr. Consiglio di Stato, II, 21 aprile 2023, n. 4034; III, 6 febbraio 2023, n. 1263; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 2 ottobre 2023, n. 2196).

*Nella specie, emerge chiaramente l'incertezza legata alla concreta applicazione della novella normativa recata dall'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023 che non è del tutto **perspicua nella sua formulazione** e non è **affatto coordinata con l'istituto dell'accesso riferibile alla generalità degli atti di una gara di appalto** (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 settembre 2024, n. 2520), cui deve aggiungersi il comportamento non del tutto lineare tenuto dal Comune di Somma Lombardo, che ha atteso oltre venti giorni prima di comunicare l'avvenuta aggiudicazione e non ha osteso immediatamente tutta la documentazione indicata dall'art. 36, comma 1, del D. Lgs. n. 36 del 2023 (cfr. per una fattispecie assimilabile, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, ord. 15 novembre 2024, n. 3214).*

*Deve infine precisarsi che la disciplina processuale applicabile resta pur sempre quella ricavabile dall'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, sia in ragione dell'oggetto dell'istanza da scrutinare – riguardante l'asserito illegittimo oscuramento di una parte dell'offerta tecnica, rientrando pacificamente nello spettro applicativo del richiamato rito super accelerato (per riferimenti, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 18 novembre 2024, n. 3235) –, sia per la considerazione che **ove la domanda ostensiva fosse stata qualificata alla stregua di una ordinaria richiesta di accesso non avrebbe avuto nessun senso riconoscere l'errore scusabile in favore della parte ricorrente, essendo l'esaminanda istanza incidentale pienamente tempestiva rispetto ai termini ordinari indicati nell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.***

Guida alla lettura

Viene all'attenzione del Collegio nella sentenza in commento un ricorso cumulativo articolato nell'impugnazione dell'aggiudicazione e nella domanda ex art 34, comma 4 del D.Lgs n. 36/23. La vicenda da cui ha origine il giudizio vede la stazione appaltante limitarsi a comunicare l'aggiudicazione, senza allegare il relativo provvedimento, né rendere disponibile l'offerta all'aggiudicataria, contravvenendo in tal modo agli obblighi ex artt. 35 e 36 del nuovo Codice Appalti. Di rimbalzo, la ricorrente ha formulato l'istanza di accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, ricevendo in riscontro un'ostensione parziale con oscuramento dei dati, rispetto alla quale essa reagisce con lo strumento dell'azione ex art 36, comma 4 del D.Lgs n. 36/23.

La questione giuridica sottesa alla sentenza in commento, che costituisce la nuova sfida ermeneutica da affrontare, è **se il rito superaccelerato ex art 36, comma 4 del D.Lgs. n. 36/23 sia applicabile solo avverso le decisioni di oscuramento "rese" in sede di comunicazione dell'aggiudicazione ovvero sia attuabile anche nell'ipotesi di decisione implicita ovvero nel caso di omessa divulgazione dei dati, in spregio delle previsioni di legge.**

Come è noto, l'art 35 del D.Lgs. n. 36/23 dispone che le stazioni appaltanti assicurino in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento mediante l'acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti in piattaforma. Di conseguenza, tutti i partecipanti alla gara dovrebbero vedere soddisfatto direttamente l'anelito ostensivo, mediante la pubblicazione di tutti i dati relativi all'aggiudicazione.

Rispetto ai primi cinque collocati in graduatoria, invece, il codice impone la divulgazione tra di essi delle rispettive offerte, onde consentire di articolare il gravame, vincendo la cd. prova di resistenza. Ciò posto, quando la P.A. non ostende i dati ovvero quando fa un'ostensione parziale con oscuramento, si discute se, carente la decisione di oscuramento di cui al comma 4 dell'art 36 del D.Lgs. n. 36/23, il ricorrente debba azionare il rito superaccelerato o se debba agire nei termini ordinari ex art 116 c.p.a. **Il problema si pone perché il comma 4 dell'art. 36 del D.Lgs. n. 36/23 non contempla il caso in cui le decisioni non vengano messe a disposizione dei partecipanti contestualmente alla comunicazione.** Pertanto, sembrerebbe secondo l'interpretazione letterale, che la norma limiti il rito ai soli casi di decisione comunicata contestualmente all'aggiudicazione.

Sul punto possono registrarsi due orientamenti. Secondo una prima tesi, ricorrono **vari argomenti a sostegno della applicazione del rito superaccelerato anche nell'ipotesi di carenza della decisione resa con la comunicazione.** Rileva, in primo luogo l'**argomento letterale**, costituito dalla **rubrica dell'art. 36**, cit., intitolata "*Norme procedurali e processuali in tema di accesso*", che lascerebbe propendere per un ampliamento dell'ambito applicativo. In secondo luogo, in base all'**argomento teleologico** viene in considerazione la **ratio del rito ex art. 36, comma 4** del D.Lgs. n. 36/23, rappresentata dalla necessità di garantire un sollecito svolgimento dei giudizi in materia di appalti, riferendo l'**accelerazione dei termini a tutti gli aspetti della fase di accesso.**

La tesi riportata si espone a **rilievi critici**, che sono stati spunto per la formulazione di un orientamento restrittivo. In primo luogo, viene in considerazione l'**attitudine della tesi**

ampliativa a confliggere con la riserva assoluta di legge in materia di garanzie di giusto processo ex art. 111 Cost.. Quest'ultima impone che le **norme processuali siano di stretta interpretazione e in caso di opacità deve prediligersi l'interpretazione strettamente letterale, non essendo possibile alcuna interpretazione estensiva.** In base all'argomento *a contrario*, un eventuale estensione dell'ambito di applicazione del rito super accelerato integrerebbe una modifica dello spettro applicativo della norma, inibita dal *prospective overruling* risolvendosi in un danno per una delle due parti del processo. In ultima analisi, nel caso in cui la P.A. non ostenda niente o decida implicitamente di accogliere l'istanza di oscuramento senza la comunicazione della relativa decisione, il privato sarebbe costretto ad impugnare tale decisione implicita al buio. Infatti, la decisione resa di oscuramento è notoriamente corredata da motivazione, la quale costituisce la garanzia di un ricorso consapevole. In carenza della stessa, il ricorrente è tenuto ad impugnare senza conoscere i motivi a supporto della determinazione implicita. Il processo risulta allora sbilanciato e irrispettoso della garanzia di parità delle parti, in quanto la P.A. sarebbe abilitata, versandosi in un contesto di giudizio sul rapporto, a ricorrere ad una motivazione postuma.

Oltre alla vulnerabilità rappresentata dal ristretto termine di decadenza al cospetto del quale il ricorrente deve formulare un rituale ricorso al buio, la giurisprudenza ha rilevato che nella tesi estensiva si annida il **pericolo di violazione del divieto ex articolo 34, comma 2 c.p.a. Si profilerebbe infatti, il rischio di infrazione del divieto per il g.a. di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati da parte della P.A.,** in quanto al cospetto di una determinazione implicita, le questioni di oscuramento sarebbero oggetto di scrutinio per la prima volta davanti al giudice amministrativo e la P.A. potrebbe non averle mai esaminate. In ogni caso, l'ampliamento del perimetro applicativo del rito ex articolo 36, comma 4 del D.Lgs. n. 36/23, confluendo facilmente in una statuizione di irritualità del ricorso, determinerebbe sostanzialmente l'effetto che **la P.A. finirebbe per giovare del suo stesso inadempimento all'obbligo di pubblicazione e di divulgazione di tutti i dati inerenti all'aggiudicazione.**

Alla luce di tutte le criticità esposte la **giurisprudenza dominante propende per la tesi restrittiva**, ritenendo che **in caso di omessa decisione e di omessa pubblicazione dei dati si applicherebbe il rito ordinario ex art. 116 c.p.a..** La ragione dirimente a sostegno di tale orientamento sarebbe, come anticipato, il **carattere strettamente settoriale della previsione del rito superaccelerato**, che impedirebbe l'estensione ai casi non esplicitamente contemplati. L'inattuabilità dell'ampliamento del perimetro applicativo trova la sua *ratio* più profonda nella **inestensibilità analogica delle norme processuali, a presidio della tutela del diritto alla difesa.**

Rispetto agli illustrati orientamenti, la sentenza in commento si pone in una **posizione mediana.** Il Tar Milano, nel presupposto dell'applicabilità del rito super accelerato, adotta la **soluzione della rimessione in termini, con conseguente considerazione della ritualità del ricorso, in ragione della complessità della questione e soprattutto della novità del regime normativo.** La novità e le incertezze applicative correlate al rito processuale contenuto nell'art. 36, commi 4 e 7, del D.Lgs. n. 36 del 2023, inducono il Collegio a riconoscere l'errore scusabile. La **norma dell'art 36 del D.Lgs. n. 36 del 2023 viene qualificata dal TAR "non del tutto perspicua nella sua formulazione e non è affatto coordinata con l'istituto dell'accesso riferibile alla generalità degli atti di una gara di appalto".**

La sentenza del Tar Milano in commento costituisce lo **spunto per una riflessione sull'istituto dell'accesso nel settore degli appalti pubblici e dell'oscuramento**, che ha ricevuto un nuovo volto con il D.Lgs. n. 36/2023.

Ai sensi dell'**art. 35, comma 4** del D.Lgs. n. 36/2023, la **divulgazione e il diritto di accesso possono essere esclusi** in relazione ad informazioni che integrano il segreto tecnico o commerciale, salvo che l'accesso non sia indispensabile rispetto al diritto alla difesa.

Tale previsione **si richiama in modo intelligibile all'accesso ex art. 25 della L. n. 241/90 e alla relativa distribuzione dell'onere della prova**. Infatti, mentre il controinteressato è gravato dall'onere di provare l'integrazione del segreto tecnico o commerciale, l'istante è tenuto a dimostrare l'indispensabilità ai fini della difesa delle acquisizioni documentali a cui aspira. Quindi, alla luce del principio dispositivo e della vicinanza dell'onere della fonte di prova, i temi probatori risultano essere assolutamente paralleli. Tuttavia, appare evidente che la norma **lascia prevalere il diritto di difesa nonostante l'integrazione della dimostrazione del segreto tecnico o commerciale, nell'ipotesi in cui si riesca a provare l'indispensabilità dell'acquisizione documentale ai fini dell'instaurazione del giudizio**. La prova della indispensabilità non costituisce certo una *probatio diabolica*, considerando che nella procedura di gara le imprese concorrenti sono coinvolte in un meccanismo fisiologico di segretezza, in forza del quale si evidenzia la necessità di acquisire la documentazione relativa all'offerta dell'aggiudicatario onde vagliare i motivi di ricorso. L'indispensabilità è, altresì, lumeggiata anche dal **divieto di ricorso al buio in materia di appalti**. È fin troppo noto che in materia di appalti il ricorso deve essere consapevole e che un ricorso al buio è destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione dell'art 40, comma 2, lettera d) c.p.a.

Oltre a provare l'indispensabilità, l'istante è tenuto a mettere la P.A. in condizione di apprezzare la rilevanza dei documenti da ostendere. In particolare **la P.A. deve condurre un giudizio di attendibilità qualificata**. Infatti, la stazione appaltante non deve condurre una valutazione di influenza o decisività del documento rispetto al giudizio *instaurando* o instaurato, siccome la stessa si risolverebbe in un'incursione nel perimetro valutativo riservato al giudice. Tuttavia, essa deve essere messa in condizione di condurre una valutazione di collegamento tra il documento e le esigenze di difesa.

Quanto all'onere della prova che incombe sul controinteressato, occorre rilevare che secondo la Corte di Giustizia la stazione appaltante deve esigere che l'operatore dimostri la natura realmente riservata delle informazioni alla cui divulgazione egli si oppone. Possono essere considerate **riservate e non divulgabili** quelle le **informazioni** che presentino **tre caratteristiche enucleate dalla giurisprudenza**. Deve trattarsi di **informazioni suscettibili di sfruttamento economico, funzionali ad arrecare un vantaggio a chi le acquisisce e, infine, non preventivamente rivelate**. Deve, cioè trattarsi di **informazioni, rispetto alle quali l'operatore non ha rinunciato alla segretezza**. In ultima analisi, nel negare l'ostensione la P.A. non deve limitarsi ad una ricezione passiva dell'opposizione del controinteressato, che eccepisca generiche motivazioni di riservatezza. Infatti, **la stazione appaltante deve esigere la prova dell'integrazione del concetto di segreto tecnico o commerciale e la decisione a valle deve essere corredata di un'idonea motivazione**. Quand'anche essa ritenesse integrati i presupposti della non ostensione, in considerazione dell'indispensabilità ai fini della

difesa, dovranno essere rilasciati i dati essenziali attraverso modalità non lesive della riservatezza. Si allude alla modalità di oscuramento dei dati, che rappresenta un punto di contemperamento delle opposte esigenze.

Quanto al cuore della valutazione comparativa condotta dalla P.A. non può non segnalarsi che la scelta del legislatore nazionale di far prevalere le esigenze di difesa sulla libertà di iniziativa economica, se, da un lato, è conforme all'impianto costituzionale, dall'altro, è sospetta di difformità rispetto all'impianto unionale.

Quanto al primo aspetto la conformità costituzionale è dovuta al fatto che il **diritto di difesa è ricondotto all'art. 2 Cost.**, quale diritto inviolabile della persona, che è destinato a **prevalere sulla libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost.**

Sul piano del **diritto unionale**, invece, la scelta di prevalenza della difesa presenta profili distonici. Infatti, viene lumeggiato un ulteriore livello di tensione, che si risolve nella **interazione tra il diritto di difesa, da un lato, e il valore della concorrenza e dell'affidamento, dall'altro.** Infatti, l'operatore economico che decide di partecipare alla gara è gravato dal **dovere del *clare loqui***, essendo tenuto a rappresentare i requisiti tecnici di partecipazione nonché a **formulare l'offerta esplicitando *know how* e bagaglio di conoscenze acquisite con investimenti di risorse.** Tanto egli è indotto a fare non solo in omaggio alla **buona fede reciproca**, ma anche per **ragioni utilitaristiche.** Infatti, l'operatore economico, se intende conseguire il bene finale, deve immettere nel meccanismo competitivo il bagaglio di conoscenze e il patrimonio intellettuale, che si condensa nella formulazione dell'offerta.

Tuttavia, nello stesso tempo, l'operatore **si affida** alla protezione della stazione appaltante. Più in particolare, egli confida nell'utilizzazione delle informazioni tecniche e dei progetti esibiti in correlazione all'offerta ai soli fini della procedura competitiva. Infatti l'impresa che partecipa alla gara aspira a conseguire il bene finale dell'affidamento della commessa, intendendo instaurare una relazione esclusivamente biunivoca con la stazione appaltante e non trilaterale, quale sarebbe quella che potrebbe gemmare dal coinvolgimento del terzo concorrente nella conoscenza dei propri dati tecnici. Sotto tale aspetto non c'è chi non coglie che il **provvedimento di aggiudicazione** costituisca un provvedimento **a doppio effetto.** Infatti, esso è **attributivo di un vantaggio all'aggiudicatario, ma decurtativo del bene finale rispetto ai partecipanti utilmente collocati in graduatoria.** Il processo per questi ultimi diventa una **speranza di acquisizione del bene anelato**, ma nello stesso tempo **esso non può essere instaurato se non attraverso l'accesso agli atti.** Sotto tale aspetto, emerge un **pericolo di lesione della concorrenza, correlato alla divulgazione dei dati.** Infatti, l'operatore pretermesso che **accede all'offerta tecnica altrui acquisisce una conoscenza che rappresenta un vantaggio.** Lo stesso, tuttavia, non solo **non è frutto della dinamica fisiologica della sua impresa, ma è acquisito fuori dalla competizione, risolvendosi in una lesione della concorrenza.**

In ragione delle esposte iterazioni tra opposti interessi, la Corte di Giustizia ha ritenuto che **osti al diritto comunitario una normativa nazionale che sancisca una prevalenza automatica del diritto di difesa rispetto alla libertà di iniziativa economica.** Tale sarebbe una

normativa che imponesse alla PA una **valutazione astratta e non concreta**, precludendo alla stazione appaltante di negare l'accesso al di fuori del concetto di segreto tecnico o commerciale. Infatti, sul piano concreto anche un'informazione che non integri segreto può rivelarsi lesiva degli interessi del controinteressato alla luce di una valutazione circostanziata.

Mentre **nell'art. 35 del D.Lgs n. 36/23 è positivizzata l'ipotesi di richiesta di rigetto della domanda di accesso in ragione dell'integrazione del segreto tecnico o commerciale, nell'art. 36 del D.Lgs. n. 36/23 è prevista l'ipotesi diversa della domanda di oscuramento dei dati**. La decisione amministrativa di oscuramento in considerazione delle **ragioni di riservatezza** palesate dal titolare dell'interesse limite può entrare in collisione con il diritto di difesa. L'interesse all'ostensione integrale dell'offerta tecnica viene in gioco nell'ipotesi di contestazione della attribuzione dei punteggi, la quale intanto può essere formulata in quanto il ricorrente prenda conoscenza integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario.

In tema di oscuramento dei dati non può non registrarsi un'**inversione di rotta del nuovo codice** rispetto al passato. **Prima della riforma l'istanza di oscuramento operava in via di eccezione**, in quanto veniva opposta dal controinteressato in resistenza rispetto alla formulazione di una domanda di accesso. **Attualmente l'oscuramento è strutturato in via di azione**, poiché non è una reazione a una domanda di accesso, ma **attraverso un'apposita istanza attiva autonomamente un subprocedimento**. Tale metamorfosi è la fisiologica conseguenza del nuovo volto del diritto di accesso nel campo degli appalti, caratterizzato dalla messa a disposizione di tutti i dati inerenti all'offerta senza che vi sia la necessità di formulare una domanda di accesso documentale o civico. Infatti, se tutti i partecipanti per legge sono messi in condizione di conoscere l'offerta tecnica dell'aggiudicatario e tutta la correlativa documentazione, la domanda di accesso in via residuale viene formulata solo dal soggetto non partecipante che abbia un interesse a ricorrere. Tale potrebbe essere il **soggetto non definitivamente escluso** (per tale intendendosi l'escluso che abbia impugnato l'atto di esclusione), **il quale intervenuta l'aggiudicazione sia tenuto a formulare i motivi aggiunti**.

N. 01609/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01371/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1371 del 2025, proposto da

- Alatha Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in relazione alla procedura C.I.G. B5369C40F9, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Jacopo Emilio Paolo Recla e Ilenia Paziani e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- il Comune di Somma Lombardo, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Filippo Martinez ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso in Milano, Corso di Porta Vittoria n. 28;

nei confronti

- Comfy-Car S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Fabio Dal Seno, Anna Preto e Davide Fabbro e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

- Comune di Cardano al Campo, Comune di Lonate Pozzolo, Comune di Ferno, Comune di Casorate Sempione e Comune di Besnate, in persona dei rispettivi Sindaci pro-tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale del Comune di Somma Lombardo n. 255 del 28 febbraio 2025, conosciuta il 7 aprile 2025, con cui è stata aggiudicata in favore di Comfy-Car S.r.l. la procedura di gara indetta dal Comune di Somma Lombardo per l'affidamento del "*servizio di trasporto dell'utenza disabile minori/adulti a livello distrettuale ovvero per i Comuni dell'Ambito distrettuale di Somma Lombardo aderenti alla presente procedura (Somma Lombardo, Cardano al Campo, Lonate Pozzolo, Ferno, Casorate Sempione, Besnate) dal 01/03/2025 al 31/12/2025*";

- della nota trasmessa tramite Sintel in data 24 marzo 2025 con cui è stato comunicato ad Alatha di non essere risultata aggiudicataria della procedura di gara;

- dei verbali di gara;

- della lex specialis, nelle parti di cui in esposizione;

- delle note del Comune di Somma Lombardo di **riscontro alle istanze di accesso formulate da Alatha in data 26 febbraio 2025 e 28 marzo 2025, nella parte in cui non è stata fornita**

l'offerta tecnica di Comfy-Car S.r.l. nella sua versione integrale;

- nonché di ogni atto o provvedimento collegato, conseguente o presupposto a quelli sopra indicati;
- nonché per la condanna ex art. 116 cod. proc. amm. del Comune di Somma Lombardo a consentire la presa visione e l'estrazione di copia dell'offerta tecnica integrale di Comfy-Car S.r.l., priva di parti oscurate;
- nonché per la condanna del Comune di Somma Lombardo al risarcimento in favore di Alatha nella misura in seguito indicata;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto tra il Comune di Somma Lombardo e Comfy-Car S.r.l., a cui Alatha si rende disponibile a subentrare.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Somma Lombardo e di Comfy-Car S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 475/2025 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla camera di consiglio del 7 maggio 2025, il consigliere Antonio De Vita e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Somma Lombardo, con la determinazione n. 150 del 4 febbraio 2025, ha indetto una procedura negoziata ex art. 50, comma 1, lett. e) e art. 76 del D. Lgs. n. 36 del 2023 per l'affidamento del *“servizio di trasporto dell'utenza disabile minori/adulti a livello distrettuale ovvero per i comuni dell'ambito distrettuale di somma lombardo aderenti alla presente procedura (Somma Lombardo, Cardano al Campo, Lonate Pozzolo, Ferno, Casorate Sempione, Besnate) dal 01/03/2025 al 31/12/2025”* (C.I.G. B5369C40F9) da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un valore complessivo di € 300.872,00. Alla procedura de qua hanno partecipato Alatha Coop Soc. e Comfy-Car S.r.l. All'esito delle operazioni di gara, con la Determinazione Dirigenziale del Comune di Somma Lombardo n. 255 del 28 febbraio 2025, l'appalto in esame è stato aggiudicato in favore di Comfy-Car S.r.l. Poiché la Stazione appaltante, il 24 marzo 2025, **ha comunicato soltanto**

l'aggiudicazione in favore di Comfy-Car, senza tuttavia allegare il provvedimento di aggiudicazione, e non ha nemmeno reso disponibile l'offerta della predetta aggiudicataria, la ricorrente nella stessa data ha formulato l'istanza di accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria. In assenza di un positivo riscontro, in data 28 marzo 2025, la ricorrente ha formulato una ulteriore istanza di accesso, solo in parte evasa dalla Stazione appaltante in data 7 aprile 2025, tramite ostensione della determina di aggiudicazione, del contratto di avvalimento e del D.G.U.E. A seguito dell'esame dei documenti ostesi dall'Amministrazione, la ricorrente ha rilevato un possibile profilo di nullità del contratto di avvalimento, in quanto carente degli elementi essenziali richiesti dal D. Lgs. n. 36 del 2023 e dalla lex specialis, cui avrebbe dovuto conseguire l'esclusione dalla gara di Comfy-Car, non in possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis per la partecipazione alla gara, né in proprio, né in forza del contratto di avvalimento.

2. Attraverso il ricorso oggetto di scrutinio, oltre alla domanda di annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara, è stata altresì dedotta l'illegittima mancata ostensione in formato integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, più volta richiesta dalla ricorrente.

3. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Somma Lombardo e Comfy-Car S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso e hanno altresì dedotto la tardività e l'infondatezza dell'istanza ex art. 36, comma 4, del D. Lgs. n. 36 del 2023.

4. Alla camera di consiglio del 7 maggio 2025, fissata per la trattazione della domanda ai sensi dell'art. 36, comma 4, D. Lgs. n. 36 del 2023, il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto in decisione la controversia, limitatamente alla predetta istanza.

5. L'istanza oggetto di esame deve essere accolta, con le puntualizzazioni di seguito esplicitate.

5.1. Deve premettersi che la parte ricorrente ha chiesto la condanna del Comune di Somma Lombardo all'ostensione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, richiamando il disposto dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, che impone la trasmissione di tutta la documentazione contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione (cfr. istanza di accesso del 24 marzo 2025, reiterata in data 28 marzo 2025: all. 9 e 11 al ricorso); da ultimo, ossia in data 7 aprile 2025, una volta ricevuta la documentazione ai sensi dell'art. 36 D. Lgs. n. 36 del 2023, la parte ricorrente ha constatato l'avvenuto oscuramento di alcune parti dell'offerta tecnica della controinteressata.

5.2. La domanda di accesso incidentale dovrebbe essere dichiarata irricevibile per tardiva proposizione, poiché la contestazione delle decisioni della Stazione appaltante assunte sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte dei partecipanti alla gara, ai sensi dell'art. 35, comma 4, lett. a, del D. Lgs. n. 36 del 2023, devono essere formulate nel rispetto delle prescrizioni contenute nel comma 4 dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale *"le decisioni di cui al comma 3 [ovvero le richieste di oscuramento di parte delle offerte formulate dagli operatori] 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"*.

Difatti, a partire al più tardi dal 7 aprile 2025 – o addirittura dal 24 marzo 2025 – ha cominciato a decorrere il termine di 10 giorni stabilito dall'art. 36, comma 4, del D. Lgs. n. 36 del 2023 per proporre l'impugnazione contro la mancata integrale ostensione dell'offerta dell'aggiudicataria e quindi il deposito del ricorso oggetto di scrutinio in data 18 aprile 2025 risulta intempestivo.

6. Tuttavia, le peculiarità della vicenda processuale, legate alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione a quasi un mese di distanza dalla formalizzazione degli esiti della procedura (l'aggiudicazione effettuata in data 28 febbraio 2025 è stata comunicata soltanto il 24 marzo successivo) e l'incertezza in ordine alle effettive tempistiche di ostensione della documentazione di gara (resa disponibile per una parte il 24 marzo 2025 e per la restante parte il 7 aprile), che hanno costretto la ricorrente a proporre diverse istanze di accesso (la prima risalente al 26 febbraio 2025: all. 16 del Comune), **unitamente alla novità e alle incertezze applicative correlate al rito processuale contenuto nell'art. 36, commi 4 e 7, del D. Lgs. n. 36 del 2023, inducono il Collegio a riconoscere l'errore scusabile** e a esaminare nel merito la domanda della parte ricorrente; sul punto deve rilevarsi che, in applicazione dell'art. 37 cod. proc. amm., *“il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto”* (cfr., tra gli altri, Consiglio di Stato, IV, 4 aprile 2023, n. 3478; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 21 aprile 2023, n. 985).

La rimessione in termini, secondo la consolidata giurisprudenza, configura un istituto eccezionale, derogando alla generale perentorietà dei termini processuali, prevista a tutela del pubblico interesse al tempestivo e celere svolgimento del giudizio, oltre che della parità di trattamento delle parti processuali, da sottoporre ai medesimi termini processuali. La sua operatività è da ritenersi limitata alle ipotesi in cui sussista effettivamente un impedimento oggettivo ovvero un errore scusabile in cui sia incorsa la parte processuale, determinato da fatti oggettivi, rappresentati, di regola, dall'oscurità del dettato normativo o dalla formulazione incerta di disposizioni da poco entrate in vigore, dalla sussistenza di contrasti giurisprudenziali o da erronee rassicurazioni fornite da soggetti pubblici istituzionalmente competenti all'applicazione della normativa violata; le norme che la prevedono sono di stretta interpretazione in quanto la disciplina dei termini (in generale e quelli dei riti speciali abbreviati in particolare) è stabilita dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno applicazione oggettiva (cfr. Consiglio di Stato, II, 21 aprile 2023, n. 4034; III, 6 febbraio 2023, n. 1263; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 2 ottobre 2023, n. 2196).

Nella specie, emerge chiaramente l'incertezza legata alla concreta applicazione della novella normativa recata dall'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023 che non è del tutto **perspicua nella sua formulazione** e non è affatto coordinata con l'istituto dell'accesso riferibile alla generalità degli atti di una gara di appalto (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 settembre 2024, n. 2520), cui deve aggiungersi il comportamento non del tutto lineare tenuto dal Comune di Somma Lombardo, che ha atteso oltre venti giorni prima di comunicare l'avvenuta aggiudicazione e non ha osteso immediatamente tutta la documentazione indicata dall'art. 36, comma 1, del D. Lgs. n. 36 del 2023 (cfr. per una fattispecie assimilabile, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, ord. 15 novembre 2024, n. 3214).

Deve infine precisarsi che la disciplina processuale applicabile resta pur sempre quella ricavabile dall'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, sia in ragione dell'oggetto dell'istanza da scrutinare – riguardante l'asserito illegittimo oscuramento di una parte dell'offerta tecnica, rientrante pacificamente nello spettro applicativo del richiamato rito super accelerato (per riferimenti, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 18 novembre 2024, n. 3235) –, sia per la considerazione che **ove la domanda ostensiva fosse stata qualificata alla stregua di una ordinaria richiesta di accesso non avrebbe avuto nessun senso riconoscere l'errore scusabile in favore della parte ricorrente, essendo l'esaminanda istanza incidentale pienamente tempestiva rispetto ai termini ordinari indicati nell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.**

7. Passando alla trattazione del merito dell'istanza ai sensi dell'art. 36, comma 4, D. Lgs. n. 36 del 2023, la stessa deve ritenersi meritevole di accoglimento.

8. Deve rammentarsi che la società cooperativa ricorrente si è classificata al secondo posto in graduatoria con riguardo alla procedura indetta dal Comune di Somma Lombardo in relazione all'affidamento del servizio di trasporto dell'utenza disabile minori/adulti a livello distrettuale e ha già gravato in giudizio l'esito della predetta procedura di gara (con il ricorso cui accede la domanda incidentale di accesso oggetto di odierno scrutinio).

Allo scopo di valutare la fondatezza dell'istanza di accesso integrale al contenuto dell'offerta tecnica della controinteressata non è richiesta innanzitutto la dimostrazione della c.d. prova di resistenza, visto che la mancata conoscenza di parte della citata offerta tecnica della concorrente prima classificata non consente di stabilire a priori l'eventuale fondatezza delle pretese attoree; tale conclusione trova una conferma anche nel dato normativo, che impone alla Stazione appaltante, in automatico e contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, di mettere a disposizione in favore degli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria tutti gli atti di gara, ivi comprese le offerte dagli stessi presentate (cfr. il già citato art. 36, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023). Nella sostanza è stato lo stesso legislatore a conferire maggior peso all'interesse all'accesso da parte del concorrente istante – si potrebbe definire un interesse *"in re ipsa"* – non solo alla documentazione, ma anche ai dati, alle informazioni e soprattutto all'offerta dei concorrenti classificati nelle prime cinque posizioni.

In linea con la costante giurisprudenza, la fondatezza dell'istanza di accesso deve poi considerare, nel bilanciamento tra le esigenze di difesa e la tutela della riservatezza commerciale e industriale, se sia stata adeguatamente evidenziata la *"stretta indispensabilità"* della documentazione richiesta ai fini del giudizio eventualmente già pendente oppure da instaurare (cfr. Consiglio di Stato, V, 20 gennaio 2022, n. 369; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 23 gennaio 2023, n. 203). Sul punto deve richiamarsi il comma 5 dell'art. 35 del D. Lgs. n. 36 del 2023 secondo il quale, *"in relazione all'ipotesi di cui al comma 4, lettere a) (...), è consentito l'accesso al concorrente, se indispensabile ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara"*. Procedendosi a un riscontro in concreto (sulla necessità di tale verifica concreta, cfr. Consiglio di Stato, V, 14 gennaio 2022, n. 263), secondo quanto verrà successivamente specificato, la parte istante ha convincentemente dato atto della necessità di conoscere il contenuto integrale dell'offerta

della concorrente controinteressata al fine di tutelare i propri interessi in giudizio (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 8 febbraio 2022, n. 290).

Del resto, la dimostrazione della “*stretta indispensabilità*”, per non trasformarsi in una probatio diabolica, non può risolversi nel dovere di fornire la prova concreta, circostanziata e certa dell'utilità in ambito processuale della documentazione, bastando, secondo l'id quod plerumque accidit, che la richiesta documentale risulti, ove accolta, direttamente funzionale all'accertamento in sede giurisdizionale e si prospetti come potenzialmente rilevante ai fini dell'accoglimento della proposta (o proponenda) domanda giudiziale (cfr., in generale, Consiglio di Stato, V, ord. 6 febbraio 2023, n. 1231; III, 3 novembre 2022, n. 9588; V, 22 luglio 2022, n. 6448; deve effettuarsi un giudizio prognostico ex ante, al fine di valutare l'acquisizione degli elementi di prova inerenti alla fattispecie costitutiva della situazione giuridica finale, secondo Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 settembre 2020, n. 19; da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 settembre 2024, n. 2520). Né potrebbe configurarsi il rischio che l'accesso possa trasformarsi in un'attività meramente esplorativa finalizzata a una “*caccia all'errore*”, tenuto conto che, necessariamente, la parte istante deve essere all'oscuro del contenuto del documento di cui chiede l'ostensione, visto che la legittimazione all'accesso si fonda proprio sulla possibilità di ottenere informazioni in grado di palesare le ragioni, non ancora note, che hanno determinato l'esito della procedura; laddove, invece, la parte avesse già conosciuto aliunde il contenuto del richiamato documento oppure vi fosse la certezza della non pertinenza o inutilità dello stesso, non sussisterebbero i presupposti per accogliere la domanda di esibizione documentale (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, ord. 20 febbraio 2023, n. 425).

Né in sede di accesso possono assumere decisiva rilevanza le dichiarazioni rese dalla controinteressata al fine di opporsi alla ostensione di parti della propria offerta (cfr. all. 13 del Comune), poiché in ragione della tipologia di appalto, non connotato dall'utilizzo di peculiari tecnologie o segreti industriali, ma legato principalmente all'impiego di personale e mezzi per il servizio di trasporto disabili, non sembra che possa determinare un pregiudizio la conoscenza di tali dati da parte di un concorrente che possiede già proprie strutture e organizzazione, peraltro rispetto a una gara già aggiudicata (l'onere di dimostrare la sussistenza di un segreto tecnico o commerciale grava su colui che lo afferma, Consiglio di Stato, III, 19 settembre 2024, n. 7650). Sul punto – a prescindere dalla irrilevanza di opposizioni all'accesso connotate da eccessiva genericità e per nulla circostanziate – può condividersi la giurisprudenza secondo la quale “*la qualifica di segreto tecnico o commerciale deve essere riservata a elaborazioni e studi, di carattere specialistico, che trovino applicazione in una serie indeterminata di appalti e siano in grado di differenziare il valore del servizio offerto solo a condizione che i concorrenti non ne vengano mai a conoscenza*” (T.A.R. Lombardia, Milano, I, 7 marzo 2022, n. 543; anche, IV, 30 settembre 2024, n. 2520; IV, 23 gennaio 2023, n. 203).

Peraltro, nella specie assume rilevanza anche l'ulteriore circostanza che la Stazione appaltante ha negato l'accesso all'offerta tecnica integrale dell'aggiudicataria limitandosi a recepire in maniera acritica la posizione espressa dalla medesima parte senza ulteriori specificazioni (cfr. all. 15 del Comune). L'Ente resistente non ha svolto quindi alcuna valutazione indipendente in ordine all'opposizione formulata dalla concorrente aggiudicataria, recependola sic et simpliciter, e ha ommesso, ingiustificatamente, di effettuare un autonomo e

discrezionale apprezzamento in ordine alla sussistenza dei presupposti per negare l'accesso a una parte della documentazione richiesta, ovvero sulla *“fondatezza della dichiarazione dell'impresa controinteressata circa la sussistenza di specifici ambiti di segretezza industriale e commerciale”* (Consiglio di Stato, III, 16 febbraio 2021, n. 1437; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 settembre 2024, n. 2520; IV, 23 gennaio 2023, n. 203; IV, 8 febbraio 2022, n. 290; I, 24 gennaio 2022, n. 145).

Tale modus operandi risulta illegittimo ed è stato stigmatizzato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha precisato come *“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, Klaip?dos regiono atliek? 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).

La ricorrente ha evidenziato che gli oscuramenti le precludono la possibilità di *“valutare il contenuto dell'offerta che è stato oggetto di valutazione da parte della Commissione e in base al quale sono stati assegnati i relativi punteggi, impedendo così di esaminare l'operato della Commissione ed eventualmente contestarlo”* (pag. 17 del ricorso); ciò è rafforzato dalla circostanza che le partecipanti alla gara sono soltanto due e in sede di ricorso si chiede l'estromissione dalla procedura dell'aggiudicataria o, in subordine, la riduzione del punteggio alla stessa assegnato.

Quindi, la parte ricorrente ha dato atto della sussistenza di un interesse specifico alla conoscenza dell'offerta tecnica della controinteressata aggiudicataria in formato integrale, chiarendo le esigenze conoscitive e dimostrando il nesso di strumentalità necessaria tra documentazione richiesta e l'obiettivo perseguito dalla medesima parte istante (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 17 aprile 2023, n. 947).

In ragione di tali presupposti, deve essere fatta applicazione dell'art. 116, comma 4, cod. proc. amm., secondo il quale il Giudice amministrativo, *“sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti”*.

9. In conseguenza di ciò, risulta la sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale della ricorrente a ottenere l'accesso all'integrale all'offerta tecnica presentata dalla concorrente

prima classificata nella procedura bandita dal Comune di Somma Lombardo per l'affidamento del servizio di trasporto dell'utenza disabile minori/adulti a livello distrettuale.

10. Da quanto evidenziato discende l'obbligo in capo al Comune di Somma Lombardo di consentire l'accesso integrale, entro il termine di 10 (dieci) giorni dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza, all'offerta tecnica della controinteressata Comfy-Car S.r.l.

11. In conclusione, la domanda di accesso formulata dalla parte ricorrente deve essere accolta, nei termini in precedenza specificati.

12. La pronuncia sulle spese viene rinviata al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) accoglie, secondo quanto specificato in motivazione, la domanda formulata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm.

Spese al definitivo.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 7 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Silvia Torraca, Referendario