

Pubblicato il 25/07/2025

N. 06620/2025REG.PROV.COLL.
N. 04305/2025 REG.RIC.
N. 04431/2025 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi in appello:

1) numero di registro generale 4305 del 2025, proposto da Romeo Gestioni S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Fimmanò e Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- della Società Nazionale Appalti Manutenzioni Lazio Sud S.N.A.M. S.r.l., non costituita in giudizio;
- di Team Service S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Avilio Presutti e Marco Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

2) numero di registro generale 4431 del 2025, proposto da Meranese Servizi S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Stefania Lago, Andrea Manzi e Nicola De Zan, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33,

contro

l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- della Società Nazionale Appalti Manutenzioni Lazio Sud S.N.A.M. S.r.l. in proprio quale mandante di R.T.I., della società Romeo Gestioni S.p.a., della società GSN S.r.l. e della Società Gruppo Servizi Ambienti Metropolitani S.r.l., in proprio e rispettivamente quali mandataria e mandante di R.T.I., della società CNS Consorzio Nazionale Servizi Soc. coop. e di Society Moderne Facility Management S.r.l., in proprio e rispettivamente quali mandataria e mandante di R.T.I., non costituite in giudizio;
- di Team Service S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Avilio

Presutti e Marco Laudani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Avilio Presutti in Roma, piazza San Salvatore in Lauro, n. 10;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4305 del 2025:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (sezione Quinta) n. 3951/2025;

quanto al ricorso n. 4431 del 2025:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (sezione Quinta) n. 3953/2025.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.O.U. Federico II e di Team Service S.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2025, il Cons. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti gli avvocati come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – In data 16 settembre 2024, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II ha bandito una gara (CIG B30957CE41) avente ad oggetto “*l'affidamento del «Servizio di pulizia, sanificazione, detersione e disinfezione delle superfici presenti negli edifici costituenti il complesso ospedaliero dell'A.O.U. Federico II»*” da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con importo a base di gara, per tutta la durata contrattuale di ventiquattro mesi, stimato in € 23.560.000,00.

Hanno partecipato alla procedura evidenziale, *inter alia*, Team Service Società consortile a responsabilità limitata, in raggruppamento temporaneo con altre imprese, Romeo Gestioni S.p.a. e Meranese Servizi S.p.a..

All'esito delle operazioni di gara, il R.T.I. Team Service, previo superamento della verifica di anomalia, si è aggiudicato la commessa, mentre Romeo Gestioni si è posizionata seconda, con soltanto 0,05 punti di distacco e Meranese si è graduata in quarta posizione.

1.1. – In data 18 aprile 2025, la Stazione appaltante ha inviato ai concorrenti la comunicazione di avvenuta aggiudicazione ai sensi dell'art. 90 del Codice, trasmettendo il *link* ipertestuale al provvedimento di aggiudicazione, all'offerta economica di Team Service, ai verbali di gara e alle giustifiche prodotte dall'aggiudicataria nell'ambito del procedimento di verifica di congruità, senza tuttavia dare conto delle decisioni prese in merito alle richieste di oscuramento.

Sicché, in data 22 aprile 2025, Romeo Gestioni ha presentato istanza di accesso ai sensi degli artt. 22 ss. della l. n. 241 del 1990, nonché degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023 e dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, per prendere visione ed estrarre copia dell'offerta tecnica del R.T.I. aggiudicatario e della documentazione relativa al procedimento di verifica di anomalia.

Del pari, in data 24 aprile 2025, la quarta graduata Meranese Servizi S.p.a. ha segnalato la mancata pubblicazione e messa a disposizione degli atti prevista dall'art. 36 del d.lgs. n. 36/2023, chiedendone il pronto assolvimento e istando comunque per la ostensione degli atti relativamente a tutti i concorrenti collocati nelle prime cinque posizioni.

1.2. – Le richieste sono state riscontrate con messaggio pec del 29 aprile 2025 recante appositi collegamenti ipertestuali alla documentazione amministrativa e tecnica del solo aggiudicatario R.T.I. Team Service, però con completo oscuramento della relazione tecnica.

2. – Sia la Romeo Gestioni sia la Meranese Servizi sono insorte innanzi al TAR per la Campania per dolersi dell'ostensione incompleta visto che la stazione appaltante avrebbe fornito una versione largamente oscurata della relazione tecnica dell'aggiudicataria Team Service, peraltro senza renderla disponibile sul portale di gara.

3. – In particolare, Romeo gestioni ha censurato la decisione della stazione appaltante di accogliere l'istanza di oscuramento del R.T.I. aggiudicatario deducendo, con un unico motivo di ricorso, la “*violazione e falsa applicazione dell'art. 24 Cost., degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, degli artt. 5 e ss. del d.lgs. n. 33 del 2013, degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta, illogicità. Sviamento*”.

Meranese Servizi, analogamente, ha censurato l'omessa motivazione dell'oscuramento se non con mero rinvio all'opposizione del R.T.I., l'omessa ostensione dell'allegato 3 alle giustificazioni di Team Service, del verbale del RUP di verifica dell'anomalia sull'aggiudicatario, dell'intera offerta tecnica del RTI CNS, nonché degli atti e dei documenti relativi alla verifica dei requisiti generali e speciali sull'aggiudicatario.

4. – Il primo giudice, con le pronunce gravate nn. 3951 e 3953 del 23 maggio 2025, ha ritenuto i due ricorsi irricevibili per tardività atteso che, con la comunicazione di aggiudicazione del 18 aprile 2025, l'Amministrazione avrebbe già manifestato in forma implicita la propria decisione di secretare l'offerta tecnica, come richiesto dall'operatore controinteressato; pertanto tale data rappresenterebbe il *dies a quo* del termine decadenziale di dieci giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Il T.A.R., invocando a sostegno della propria tesi la pronuncia del Consiglio di Stato n. 2616 del 2025, dissente dall'opposta ermeneutica proclive a sottrarre dall'ambito di applicazione dell'art. 36, co. 4, l'ipotesi in cui, con la comunicazione di intervenuta aggiudicazione, l'Amministrazione ometta *sic et simpliciter* di esibire gli atti di gara, come previsto dal comma 1, senza adottare una decisione espressa sulla richiesta di secretazione avanzata

dal concorrente in quanto si verrebbe a delineare una disfunzionale coesistenza di riti speciali - quello *ex art.* 36 d.lgs. n. 36/2023 e quello *ex art.* 116 c.p.a..

4.1. – Inoltre, ha giudicato, comunque, infondati nel merito i gravami sul rilievo che l'accesso difensivo presuppone la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova, e ancora prima dell'allegazione, del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce. A giudizio del T.A.R., entrambi le ricorrenti non avrebbero dimostrato la assoluta indispensabilità degli atti richiesti, poiché il ricorso e i motivi aggiunti non recano indicazioni delle “*deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*” a sostegno della rappresentata indispensabilità della documentazione richiesta, non potendo la parte limitarsi a mere enunciazioni di principio o a dolersi della mancata ostensione integrale dell'offerta tecnica.

5. – La Romeo Gestioni ha, quindi, appellato la prefata decisione n. 3951/2025 affidando il gravame ad un unico motivo di ricorso rubricato “*error in iudicando, error in procedendo, eccesso di potere giurisdizionale ed omessa pronuncia della sentenza nella parte in cui ha dichiarato irricevibile, intempestivo ed infondato il ricorso, e nella parte in cui non si è pronunciata sulle censure relative all'art. 24 cost., all'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e all'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013. Riproposizione del motivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 24 cost., degli artt. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990, degli artt. 5 e ss. del d.lgs. n. 33 del 2013, degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 36 del 2023. eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta, illogicità. Sviamento*”.

5.1. – L'appellante critica i passaggi decisori in cui il T.A.R. postula che le decisioni sulle istanze di oscuramento possano essere implicite o esplicite, ponendosi gli stessi in palese contrasto col dato letterale dell'art. 36 d.lgs. n. 36 del 2023 che sarebbe invece chiaro nell'affermare che la Stazione appaltante “*dà anche atto delle decisioni assunte*” in merito alle richieste di oscuramento. Romeo Gestioni stigmatizza la qualificazione della nota del 29 aprile 2025 come atto meramente confermativo atteso che essa sarebbe invece il primo atto con il quale la stazione appaltante ha comunicato a Romeo l'esistenza dell'istanza di oscuramento e della volontà di accoglierla, tanto da trasmettere in quella sede – per la prima volta – la documentazione amministrativa afferente all'offerta del RTI aggiudicatario.

Infine, a dispetto di quanto opinato dal T.A.R., non sarebbe carente la comprova della assoluta indispensabilità degli atti richiesti al fine di giustificare il proprio interesse conoscitivo dato che l'interesse sarebbe insito nel modestissimo divario di punteggio che separa l'aggiudicatario dalla Romeo Gestioni, mentre l'oscuramento integrale per la salvaguardia dei segreti commerciali e industriali dell'aggiudicataria si appaleserebbe sproporzionato a mente del fatto che l'obliterazione del diritto di accesso dovrebbe avere carattere circoscritto a singole informazioni precisamente individuate, che siano suscettibili di sfruttamento economico.

5.2. – Nella denegata ipotesi della infondatezza delle censure, l'appellante ha invocato il deferimento all'Adunanza plenaria sia perché la questione potrebbe «*dare luogo a contrasti giurisprudenziali*» (cfr. l'art. 99, comma 1, cod. proc. amm.), sia per la «*particolare importanza della questione*» (cfr. l'art. 99, comma 2, cod. proc. amm.); dipoi, ha chiesto al Collegio di voler sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 del Codice, laddove interpretato nel senso che la stazione appaltante può negare, attraverso l'istituto del silenzio “qualificato”, l'ostensione dei documenti relativi alle offerte dei concorrenti. In via di ulteriore subordine ha domandato al Collegio di voler rinviare, ai sensi dell'art. 267

T.F.U.E., alla C.G.U.E. la questione relativa al se l'interpretazione dell'art. 36 del codice fornita dal TAR sia conforme all'art. 55, co. 2, lett. c), della Direttiva 2014/24/UE.

6. – Anche la Meranese Servizi ha appellato la prefata decisione n. 3953/2025 affidando il gravame a due motivi di ricorso così rubricati:

6.1. – *Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 del d.lgs. 36/2023 e dell'art. 35 del disciplinare di gara che li ha richiamati. Violazione dei principi del risultato, di speditezza e non aggravamento del procedimento di gara, nonché di pubblicità e trasparenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e ss. della legge 241/1990. Violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. e dei connessi diritti di accesso agli atti di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.*

L'appellante si duole dell'erronea statuizione di irricevibilità pronunciata dal primo giudice e pone l'accento sul fatto che la prima decisione impugnabile sull'oscuramento sarebbe stata emessa e resa nota con la pec del 29 aprile 2025

6.2. – *Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 del d.lgs. 36/2023 e dell'art. 35 del disciplinare di gara che li ha richiamati. Violazione dei principi del risultato, di speditezza e non aggravamento del procedimento di gara, nonché di pubblicità e trasparenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e ss. della legge 241/1990. Violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. e dei connessi diritti di accesso agli atti di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.*

L'appellante insiste, dipoi, sulla fondatezza dell'istanza ostensiva atteso che l'istanza di oscuramento del R.T.I. aggiudicatario sarebbe vaga e generica, mentre la stazione appaltante non avrebbe per vero mai espressamente valutato l'effettiva sussistenza di esigenze di segretezza, aderendo pedissequamente all'istanza di oscuramento presentata da Team Service, mediante un mero rinvio *per relationem*.

7. – Si sono costituiti nei due giudizi di appello sia l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II sia Team Service S.c. a r. l. quale mandataria del raggruppamento temporaneo, le quali hanno insistito per la reiezione dei gravami.

8. – Le cause sono state chiamate congiuntamente per la discussione all’udienza camerale del 19 giugno 2025 e, successivamente, sono state trattenute in decisione.

9. – Il Collegio deve disporre preliminarmente la riunione dei due giudizi per la stretta comunanza di *petita* – la condanna all’ostensione dell’offerta dell’aggiudicataria unitamente agli atti di cui all’art. 36 d.lgs. n. 36/2023 - e di *causae petendi* – entrambe le appellanti sono utilmente collocate tra le prime cinque posizioni nella graduatoria di merito della procedura.

10. – Dipoi, il Collegio reputa di poter prescindere dalle plurime richieste di deferimento all’Adunanza plenaria, di rimessione alla Corte costituzionale e di rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. in quanto i due gravami sono fondati per le ragioni che si espongono dappresso.

11. – Prendendo le mosse dai profili di rito, il Collegio ritiene che i due ricorsi siano tempestivi e ricevibili.

Non può, infatti, essere condivisa la tesi di parte appellata, avallata dal primo giudice, secondo cui l’art. 36, co. 3, d.lgs. n. 36/2023 si riferirebbe alle decisioni anche di natura implicita sulle istanze di oscuramento.

Milita, infatti, contro tale esegesi la teorica del provvedimento implicito, la cui configurabilità è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza in casi eccezionali in deroga ai principi di tassatività e nominatività del provvedimento amministrativo: tale peculiare figura ricorre allorquando la P.A., pur non adottando formalmente la propria decisione, ne determina univocamente i contenuti sostanziali attraverso un particolare comportamento ovvero gestendo fasi istruttorie a cui sensatamente non può essere data altra lettura, intenzione o volontà che non sia quella di corrispondente provvedimento formale, tuttavia non adottato. In altre parole, si è in presenza di un «*provvedimento amministrativo implicito*» quando emerga senza perplessità un collegamento tra l’atto adottato o la condotta tenuta dall’Amministrazione e la determinazione che da questi si pretende di ricavare, onde quest’ultima sia l’unica conseguenza ragionevolmente possibile della presupposta manifestazione di volontà (così, Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2025, n. 237).

11.1. – Invero, nel caso di specie non pare potersi discorrere di provvedimento implicito giacché l'A.O.U. non ha in alcun modo affrontato il tema delle ostensioni e degli oscuramenti limitandosi nella comunicazione del 18 aprile 2025 a dare notizia dell'avvenuta aggiudicazione. Dunque, inferire che essa abbia implicitamente avallato tutte le istanze di oscuramento appare una libera, se non financo arbitraria, interpretazione della parte appellata senza che possa ravvisarsi quel collegamento ineluttabile tra atto adottato (comunicazione di aggiudicazione) e determinazione che da questo si pretende di ricavare.

Corroborata tale tesi la recente pronuncia di questo Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2025, n. 2384, secondo cui *“la decisione assunta sulla richiesta di oscuramento, [...] non si può desumere implicitamente dalla mera comunicazione dell'aggiudicazione, da cui non trapeli né la richiesta di oscuramento né alcun elemento in tal senso. Una diversa interpretazione, oltre a collidere con il diritto di difesa, costituzionalmente garantito, finirebbe per contrastare con la ratio legis della nuova disciplina sull'accesso nelle gare pubbliche, che mira ad evitare ricorsi al buio, onerando i concorrenti di un'immediata reazione giudiziaria, di cui probabilmente non vi è neppure un'effettiva necessità, laddove, sia pure successivamente alla comunicazione dell'aggiudicazione, a fronte di una mera richiesta, l'Amministrazione provveda all'ostensione della documentazione di gara richiesta”*.

12. – Sgombrato il campo da questo primo dubbio ermeneutico, giova soffermarsi sulla ricostruzione sistematica del rito super accelerato in materia di accesso nei contratti pubblici.

Il nuovo codice introduce, infatti, nella contrattualistica pubblica un rito speciale connotato da termini di impugnazione estremamente ristretti e da una decisione del giudice in tempi altrettanto ristretti, in deroga alla disciplina generale dell'articolo 116 c.p.a.; tale rito si fonda su specifici presupposti, che ne costituiscono anche il limite di compatibilità con il diritto di difesa di cui all'articolo 24 Cost., e segnatamente:

- a) il fatto che, contestualmente all'aggiudicazione, debbano essere "in automatico" ostese ai concorrenti classificati ai primi cinque posti in graduatoria anche le rispettive offerte (articolo 36, co. 2);
- b) il fatto che, qualora l'aggiudicatario abbia formulato istanze di oscuramento totale o parziale della propria offerta come previsto dal precedente articolo 35, le determinazioni assunte dalla stazione appaltante su dette istanze siano comunicate contestualmente all'aggiudicazione (articolo 36, co. 3);
- c) il fatto che, in tal modo, i concorrenti destinatari della comunicazione *de qua* siano messi in condizione di calibrare i propri ricorsi avverso le ragioni che sono state ritenute meritevoli di determinare un oscuramento totale o parziale dell'offerta aggiudicataria e, difatti, il comma 4 del medesimo articolo 36 assoggetta al termine di dieci giorni l'impugnazione delle "*decisioni di cui al comma 3*", ossia delle sole decisioni assunte dalla stazione appaltante in merito all'oscuramento dell'offerta, e non tutte le determinazioni in materia di accesso.

12.1. – Tanto premesso, nella fattispecie in esame la stazione appaltante si è resa inottemperante, prima ancora che all'obbligo di cui al comma 3 dell'articolo 36, a quello di cui al comma 2, avendo *sic et simpliciter* omesso di allegare l'offerta dell'aggiudicataria alla comunicazione prevista da tale comma: questo aspetto, prima ancora di ogni altra circostanza, vale a differenziare la presente fattispecie da quella trattata nel precedente richiamato dal T.A.R. (Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2025, n. 474), laddove un'ostensione parziale dell'offerta vi era stata, e dunque era astrattamente possibile da ciò ricavare per implicito l'informazione che dovesse esservi stato un oscuramento parziale.

In sintesi, mentre in quel caso effettivamente poteva predicarsi una mera inottemperanza al dovere di comunicazione di cui al comma 3, e non anche a quello di ostensione di cui al comma 2 dell'articolo 36, non altrettanto vale nel caso che occupa, laddove a una mera omissione della stazione appaltante non può in alcun modo, pena un grave *vulnus* al diritto di difesa, attribuirsi il significato implicito di comunicazione di un oscuramento integrale dell'offerta.

12.2. – Delineati in modo più circostanziato i contorni fenomenici della fattispecie, preme ora soffermarsi sulle ricadute processuali – in particolare ai fini dell'individuazione del rito da seguire e dei relativi termini – di siffatta inadempienza all'articolo 36 da parte della stazione appaltante.

La tesi propugnata dal primo giudice esclude la coesistenza di due diversi riti in materia di accesso - il rito speciale *ex art.* 36 del d.lgs. n. 36/2023, in caso di decisione espressa della stazione appaltante sulla richiesta di oscuramento del partecipante alla gara, e il rito ordinario *ex art.* 116 c.p.a., in caso di diniego immotivato di accesso - perché irragionevole in considerazione della comune esigenza perseguita dal legislatore di assicurare il celere svolgimento delle procedure di gara.

A parere del Collegio, tale posizione si profila foriera di distonie sistematiche e merita una revisione critica alla stregua di una interpretazione teleologicamente orientata.

Segnatamente, il plesso normativo di cui all'art. 36 d.lgs. cit., nell'atteggiarsi a *ius speciale* in seno alla disciplina sull'accesso documentale in materia di contratti pubblici, individua espressamente un crivello acceleratorio per le decisioni assunte sulle istanze di oscuramento e coeve alla comunicazione dell'aggiudicazione a presidio della celerità della procedura, dunque nel primario interesse della stazione appaltante che voglia portarla a termine deflazionando il più possibile il contenzioso, mentre nulla dispone nei casi di fattispecie omissive: in tali ipotesi, la linea di inerzia seguita dalla stazione appaltante non può essere travisata come statuizione implicita, vuoi perché non lo prevede la legge, vuoi perché sarebbero vulnerate le prerogative difensive degli altri operatori economici che sono del tutto ignari delle istanze di oscuramento presentate dai rivali nell'ambito della medesima procedura. Né a tale conclusione obbligata deve condurre l'espressa dizione normativa che fa decorrere il termine abbreviato di impugnativa “*dalla comunicazione digitale della aggiudicazione*” dovendosene offrire una esegesi funzionale allo scopo della norma.

A ben vedere, le fattispecie di omessa pubblicazione in piattaforma (art. 36, co. 1 e 2) e omessa decisione *tout court* sulle istanze di oscuramento (art. 36, co. 3) non possono che dare la stura alle istanze ostensive degli operatori economici con conseguente riespansione della disciplina generale del rito ordinario in materia di accesso *ex art.* 116 c.p.a. quale fisiologico corollario della natura eccezionale e derogatoria del rito super-accelerato: milita in tal senso anche la giurisprudenza impropriamente richiamata dalla sentenza, tra cui la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. v, 28 marzo 2025, n. 2616, che ha affrontato il caso di una determinazione della stazione appaltante di accoglimento dell'istanza di oscuramento avverso la quale l'interessata avrebbe dovuto proporre ricorso entro i termini e con le modalità di cui all'art. 36, co. 4, d.lgs. n. 36 del 2023. In tale evenienza questo Consiglio ha incidentalmente precisato che “*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?*” sottintendendo che in tali dissimili casi troverebbe applicazione non già il rito speciale, bensì il rito ordinario.

Per completezza della disamina va evidenziato che il panorama del diritto vivente non può dirsi ancora consolidato, registrandosi pronunce che, sia pur sotto forma di *obiter dictum*, osservano dubitativamente che non possa radicalmente escludersi l'applicabilità del termine di impugnazione di dieci giorni nelle ipotesi in cui la stazione appaltante, in violazione dell'art. 36, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, ometta, integralmente o parzialmente, di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri, senza neppure dare atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento (v. Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2025, n. 2384).

12.3. – Sempre a completamento della panoramica non può sottacersi che la disciplina del rito super-speciale non chiarisce le sorti processuali delle eventuali decisioni tardive, ossia delle “*decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento*”

in un momento successivo alla comunicazione dell'aggiudicazione, come avvenuto appunto nel caso in esame con la nota di riscontro del 29 aprile 2025. Pur non ignorando la soluzione esegetica patrocinata nel precedente arresto di questo Consiglio – la citata sentenza n. 2384 del 2025 – per cui anche tali decisioni tardive soggiacerebbero al rito super-accelerato con individuazione del relativo *dies a quo* nel momento della loro comunicazione, va precisato che la questione non è dirimente ai fini del decidere giacché, una volta escluso che il contegno omissivo della stazione appaltante nella comunicazione di aggiudicazione potesse rilevare quale determinazione provvedimentale implicita con ogni conseguenza in ordine al decorso infruttuoso del termine ristretto, la successiva impugnativa proposta avverso la determinazione assunta dalla stazione appaltante in data 29 aprile 2025 sarebbe comunque tempestiva sia che voglia applicarsi, con qualche forzatura ermeneutica, la disciplina “super-accelerata”, sia che voglia darsi applicazione alla disciplina generale sull'accesso documentale.

12.4. – In definitiva, gli approdi interpretativi testé tratteggiati conducono all'affermazione della tempestività di entrambi gravami, proposti, rispettivamente, in data 8 e 9 maggio 2025, rispetto al *dies a quo* individuabile nel momento di ostensione della offerta tecnica oscurata, avvenuta per entrambe le appellanti in data 29 aprile 2025.

13. – Acclarata la ricevibilità dei ricorsi, il Collegio ritiene che i due appelli siano fondati anche nel merito.

13.1. – *In primis*, non persuade l'apodittica affermazione di principio del primo giudice secondo cui nel caso in esame, non sarebbe stato allegato ad opera delle società ricorrenti il nesso di strumentalità tra la documentazione richiesta e le esigenze di difesa in giudizio difettando la comprova della assoluta indispensabilità degli atti richiesti e l'esternazione delle “*deduzioni difensive potenzialmente esplicabili*”. Come sunteggiato in fatto, l'offerta tecnica di Romeo Gestioni si è distanziata di soli 5 centesimi da quella dell'aggiudicataria nell'ambito di una procedura basata sull'offerta economicamente più vantaggiosa con 70 punti destinati alla componente tecnica, indi la strumentalità dei documenti

richiesti rispetto all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale è da ritenersi pressoché *in re ipsa*, specie tenendo conto del fatto che la stazione appaltante avrebbe oscurato integralmente l'offerta tecnica senza fornire alcuna motivazione all'infuori della pedissequa adesione all'istanza di oscuramento.

Ad ogni buon conto, Romeo Gestioni, già prima della definizione del giudizio, aveva documentato di avere impugnato l'aggiudicazione, corroborando viepiù la concretezza e l'attualità del proprio interesse difensivo.

13.2. – Per quanto concerne la posizione di Meranese servizi merita svolgere una considerazione aggiuntiva di indole sistematica.

L'assetto tracciato dal nuovo codice dei contratti ha inaugurato un inedito paradigma che potrebbe definirsi “aperturista” per cui, ferma restando la disciplina generale sull'accesso documentale per come declinata dall'art. 35 d.lgs. n. 36/2023, gli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti godono di un regime ostensivo privilegiato senza bisogno di dover comprovare il proprio interesse differenziato e qualificato - presunto *iuris et de iure* dal legislatore in considerazione dell'utile piazzamento nella graduatoria finale - di tal ché ad essi “*sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la [stessa] piattaforma, gli atti di cui al comma 1 [offerte dell'aggiudicatario, verbali di gara, altri atti e dati presupposti] nonché le offerte dagli stessi presentate*”. Sicché, la Meranese non aveva alcun onere di comprovare l'interesse alla conoscibilità degli atti richiesti, essendo essi coperti da un obbligo di pubblicazione riservata ai cinque primi offerenti.

13.3. – Il regime privilegiato in parola non esime tuttavia la stazione appaltante dalla valutazione delle istanze di oscuramento per la tutela di segreti commerciali o industriali “*secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente*”.

In siffatti casi, si riespande la consolidata giurisprudenza sull'onere di allegazione del requisito di indispensabilità ai fini della difesa in giudizio – requisito che dovrebbe formare oggetto di ponderata motivazione da parte della stazione appaltante in sede di decisione *ex art. 36, co. 3, cit.*

Orbene, nel caso di specie si assiste, invece, ad un indiscriminato (e immotivato) oscuramento dell'offerta dell'aggiudicataria sulla scorta di una dichiarazione di oscuramento vaga e generica che non soddisfa i requisiti enucleati nel tempo in sede pretoria per i segreti commerciali o industriali, ossia di *“informazione specificatamente individuata, suscettibile di sfruttamento economico, in grado di garantire un vantaggio concorrenziale all'operatore nel mercato di riferimento e che la stessa presenti effettivi e comprovabili caratteri di segretezza oggettiva”*.

Peraltro, lo stesso aggiudicatario non si è peritato in sede processuale di argomentare ulteriormente a sostegno delle proprie pretese esigenze di riservatezza essendosi limitato ad una comparsa di stile.

14. – In conclusione, gli appelli sono fondati per le ragioni dianzi esposte e devono essere accolti con conseguente riforma delle sentenze impugnate e condanna dell'Amministrazione all'ostensione integrale dei documenti richiesti.

15. – La peculiarità della *quaestio iuris* sottesa alla controversia giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e previamente riuniti, li accoglie e, per l'effetto, in riforma delle sentenze impugnate, accoglie i ricorsi di primo grado e condanna l'Amministrazione appellata alla ostensione dei documenti richiesti.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Roberto Cerroni

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO