

ACCESSO AGLI ATTI DI GARA E RITO SUPER ACCELERATO: INOSSERVANZA DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI DELLA STAZIONE APPALTANTE E NECESSITÀ DI UNA DECISIONE SPECIFICA ED ESPRESSA SULL'ISTANZA DI OSCURAMENTO

Il 9 settembre 2026 il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria ha pubblicato la sentenza n. 8, pronunciandosi in ordine all'interpretazione dell'art. 36, comma 4, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023. La disposizione, per quanto di specifico interesse, assoggetta le decisioni adottate dalla stazione appaltante in ordine alle richieste di oscuramento di parti delle offerte formulate dagli operatori economici al regime di impugnazione di cui all'art. 116 c.p.a., che ordinariamente prevede un termine di trenta giorni, ridotto dalla disposizione in esame a dieci giorni decorrenti dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione. Segnatamente, l'Adunanza Plenaria ha chiarito che l'attivazione del rito super-accelerato delineato dalla menzionata disposizione presuppone il previo adempimento degli obblighi di pubblicazione e comunicazione degli atti di gara da parte dell'Amministrazione e l'adozione di una decisione espressa sulle eventuali richieste di segretezza avanzate, ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 36/2023, dagli altri concorrenti, individuando un temperamento tra esigenze di accelerazione processuale, conoscibilità effettiva degli atti di gara e diritto di difesa del concorrente non aggiudicatario.

1. La vicenda fattuale

La vertenza trae origine da una procedura aperta indetta dall'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi avente ad oggetto l'affidamento del servizio di campionamento del parametro legionella e della fornitura di dispositivi di filtrazione per la rete idrica, con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La commessa veniva aggiudicata alla società Sterimed S.r.l. La seconda classificata, Bioh Group Filtrazione S.r.l., in data 21 ottobre 2025 riceveva copia, su richiesta, della determinazione di aggiudicazione e, a seguito di istanza di accesso, otteneva in data 22 ottobre 2025 la pubblicazione di ulteriori documenti sulla piattaforma della stazione appaltante, tra cui l'offerta tecnica dell'aggiudicatario in versione oscurata. La stazione appaltante non aveva trasmesso la comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 36/2023, né aveva dato atto delle decisioni assunte sull'istanza di oscuramento. Bioh Group notificava quindi il ricorso avverso l'aggiudicazione in data 18 novembre 2025. Il TAR per la Lombardia, Milano, con ordinanza n. 793/2026, dichiarava irricevibile la parte del ricorso volta a ottenere l'ostensione integrale dell'offerta tecnica e dei giustificativi di anomalia, affermando che il termine decadenziale di dieci giorni di cui all'art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023 fosse decorso dalla data di ostensione dell'offerta oscurata. Bioh Group proponeva appello al Consiglio di Stato che, a fronte del contrasto giurisprudenziale emerso sull'interpretazione dell'art. 36, comma 4, del codice dei contratti pubblici, ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria con ordinanza 29 maggio 2026, n. 4327.

2. La decisione dell'Adunanza Plenaria

La pronuncia muove da una ricognizione del quadro normativo sulla materia del diritto di accesso nei contratti pubblici a seguito dell'esaurimento della procedura e dell'adozione del provvedimento finale di aggiudicazione. La disciplina di riferimento è dettata dall'art. 36 del d.lgs. n. 36/2023, che ha introdotto un sistema innovativo di regolamentazione dell'accesso agli atti di gara, basato su un accesso digitale, ufficioso e automatico che riconosce ai concorrenti il diritto all'ostensione degli atti della procedura sulla piattaforma *e-procurement*, senza la necessità di presentazione di un'apposita istanza e la conseguente apertura di una specifica fase amministrativa.

In particolare, l'art. 36, comma 1, impone la messa a disposizione diretta e contestuale all'aggiudicazione, a favore di tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi, dell'offerta dell'operatore aggiudicatario, nonché di tutti i verbali di gara e degli atti, dati e informazioni presupposti all'aggiudicazione. Il comma 2 sancisce l'ulteriore obbligo di mettere reciprocamente a disposizione le offerte presentate dagli operatori collocatosi nei primi cinque posti della graduatoria, al fine di fornire elementi utili a orientare, in modo consapevole e ponderato, le eventuali rispettive iniziative giurisdizionali. Il comma 3 dispone, inoltre, che la stazione appaltante o l'ente concedente, *"nella comunicazione dell'aggiudicazione dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte"*, che, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, siano coperte da segreti tecnici e commerciali. Il comma 4 assegna, infine, ai concorrenti

il termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione per l'impugnazione delle decisioni assunte dalla stazione appaltante in merito all'oscuramento dell'offerta.

La *ratio* del sistema delineato dalla disposizione in esame è quella di informare i procedimenti di evidenza pubblica alla massima trasparenza esigibile, di modo che le procedure di ricorso giurisdizionale possano essere instaurate tempestivamente ed esaurite in tempi rapidi.

In tale prospettiva, l'Adunanza Plenaria ha chiarito che il meccanismo configurato dall'art. 36 del d.lgs. 36/2023 *"in quanto previsto da una disposizione eccezionale insuscettibile di estensione analogica, è applicabile nel solo caso tipico in cui, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione di cui al comma 1, la stazione appaltante o l'ente procedente abbia adempiuto agli obblighi informativi di cui ai commi precedenti, dando anche atto delle decisioni adottate sulle richieste di oscuramento"*.

Affermato il carattere eccezionale e derogatorio dell'art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, quale disposizione limitativa del potere di azione e del diritto di difesa dei concorrenti, la Plenaria ne ha quindi escluso ogni possibilità di applicazione analogica. Il dato testuale è stato ritenuto dirimente: il termine abbreviato di impugnativa della decisione sull'oscuramento decorre, per espressa previsione normativa, *"dalla comunicazione digitale della aggiudicazione"*. Ne consegue che le ipotesi patologiche di omessa o dilazionata pubblicazione in piattaforma delle offerte e di mancata tempestiva ostensione delle decisioni sulle richieste di oscuramento – normalmente seguite da istanze di accesso degli operatori – precludono l'applicazione della disposizione speciale, determinando la riespansione del rito ordinario in materia di accesso di cui all'art. 116 c.p.a. Invero, la scissione del presupposto unitario dato dalla contestuale comunicazione digitale dell'aggiudicazione e delle decisioni sull'oscuramento impedisce di soddisfare l'esigenza, perseguita dal legislatore, di coordinare i tempi del giudizio sull'accesso e di quello relativo all'aggiudicazione.

Il Collegio ha quindi esaminato la seconda questione, connessa con la precedente e vertente sulla possibilità di ravvisare una decisione implicita della stazione appaltante sull'istanza di oscuramento nelle ipotesi mera pubblicazione, contestualmente all'aggiudicazione, dell'offerta tecnica in versione totalmente o parzialmente oscurata. L'Adunanza Plenaria è stata, in particolare, interrogata sulla possibilità di considerare tale ostensione come equivalente alla comunicazione di una determinazione implicita di accoglimento della richiesta di oscuramento, idonea a far decorrere il termine abbreviato di impugnazione di cui all'articolo 36, comma 4 del d.lgs. n. 36/2023.

Anche in questo caso l'interpretazione letterale dell'articolo 36, comma 3, del codice dei contratti pubblici ha assunto un rilievo decisivo. L'espressione secondo cui, nella comunicazione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante *"dà atto anche delle decisioni"* assunte sulle richieste di segretezza fissa con chiarezza la necessità dell'adozione di una determinazione esistente e percepibile, che assicuri un bilanciamento concreto ed effettivo tra il diritto a un ricorso efficace e la tutela dei segreti tecnici e commerciali, attraverso una verifica comparativa da svolgersi, caso per caso, con adeguata istruttoria e motivazione.

Sulla scorta di tali premesse, l'Adunanza Plenaria ha chiarito che *"il rito speciale super-accelerato in materia di accesso previsto dall'articolo 36, comma 4, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, presuppone l'adozione di una decisione specifica ed espressa sulla richiesta di oscuramento, non potendosi considerare sufficiente, quale provvedimento implicito, la mera pubblicazione dell'offerta tecnica in forma, in tutto o in parte, oscurata, eventualmente accompagnata dalla richiesta di oscuramento"*.

3. Considerazioni conclusive

La pronuncia si inserisce nel solco dell'orientamento già affermato dall'Adunanza Plenaria n. 12 del 2 luglio 2020, che, sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016, aveva posto in evidenza la stretta correlazione tra l'obbligo della stazione appaltante di garantire una conoscenza tempestiva degli atti della procedura e il conseguente onere dei concorrenti di esercitare l'azione di impugnazione entro precisi termini decadenziali. Tale principio ha trovato espresso recepimento nel d.lgs. n. 36/2023, attraverso una disciplina organica della materia di cui l'Adunanza Plenaria, con la pronuncia in commento, ha precisato la portata applicativa.

Ad avviso della Plenaria, solo una comunicazione di aggiudicazione conforme al modello legale, ossia contestuale, completa e recante un manifesto atto ricognitivo delle decisioni di segretezza, giustifica l'attivazione del rito super-accelerato volto a tutelare l'interesse pubblicistico alla rapidità del contenzioso.

Per contro, un comportamento inerte da parte della stazione appaltante (mancata messa a disposizione delle offerte sulla piattaforma, mancata comunicazione delle decisioni sull'oscuramento contestualmente all'aggiudicazione) consente all'operatore economico di attendere l'adozione di una decisione specifica ed espressa o, in alternativa, di attivare il rito ordinario disciplinato dall'art. 116 c.p.a., risultando in questo caso l'interesse alla celere definizione dei ricorsi giurisdizionali recessivo rispetto al diritto di azione e di difesa dei concorrenti.

DISCLAIMER

Il presente *Client Alert* ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

3

Laura Sommaruga, Partner
Email: laura.sommaruga@grplex.com

Sandra Sacchi, Associate
Email: sandra.sacchi@grplex.com