

APPALTI – ACCESSO AGLI ATTI: T.A.R. Lombardia Milano, Sezione Quarta, Sentenza 30 settembre 2024, n. 2520, in Diritto Processuale Amministrativo n. 3 del 2025, con commento di S. Vernile *“L’accesso agli atti di gara nel Codice di contratti pubblici del 2023 tra accessibilità diretta tramite piattaforma digitale, sussidiarietà dell’accesso su istanza, accelerazione della tutela e nuove criticità”*

1. Appalti - Accesso agli atti di gara - Codice dei contratti pubblici 2023 -Artt. 35 e 36 del medesimo decreto – Applicabilità: a partire dal 1° gennaio 2024.

2. Appalti - Accesso agli atti di gara - Codice dei contratti pubblici 2023 - Omesso caricamento della documentazione sulla piattaforma digitale - Accesso su istanza ex l. 241/1990 - Ammissibilità -Rito super speciale -Inapplicabilità.

1. Alle procedure a evidenza pubblica bandite nel vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ossia dal 1° luglio 2023, in materia di accesso agli atti si applicano gli artt. 35 e 36 del medesimo decreto a partire dal 1° gennaio 2024

2. Ove la stazione appaltante, in violazione dell'art. 36, commi 1 e 2, d.lgs. 36/2023, ometta di mettere a disposizione dei primi cinque concorrenti classificati le offerte degli altri quattro concorrenti e la restante documentazione di gara, l'accesso agli atti è consentito tramite l'ordinario procedimento ex l. 241/1990 e si applica la disciplina processuale dettata dall'art. 116 c.p.a., non potendo trovare applicazione il rito super speciale di cui all'art. 36, commi 4 e 7, d.lgs. n. 36/2023 .

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Como;

Viste le istanze di passaggio in decisione della controversia sugli scritti e senza discussione presentate dai difensori della ricorrente e del Comune di Como;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Nessun difensore presente alla camera di consiglio del 25 settembre 2024, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 14 giugno 2024 e depositato in pari data, la società ricorrente ha chiesto l’annullamento dei provvedimenti prot. 102041 del 4 giugno 2024 e prot. 103439 del 5 giugno 2024 con cui il Comune di Como ha parzialmente rigettato l’istanza di accesso agli atti dalla stessa formulata nell’ambito della procedura di gara bandita per *“l’affidamento del servizio di assistenza domiciliare anziani e disabili (sad) CIG: A0316208F3”*, con il conseguente accertamento del proprio diritto all’integrale esibizione degli atti richiesti.

Il Comune di Como, in data 20 dicembre 2023, ha bandito una procedura di gara finalizzata all’affidamento del servizio di assistenza domiciliare anziani e disabili (sad) CIG: A0316208F3. La

società ricorrente ha preso parte alla procedura unitamente ad altri quindici concorrenti. Con la determina n. 1105 del 14 maggio 2024 è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore della prima classificata Euro & Promos Social Health Care soc. coop. soc. La ricorrente, quinta classificata in graduatoria, con istanza datata 25 maggio 2024, ha chiesto di accedere a “1) tutti i verbali di gara inerenti le sedute pubbliche e riservate; 2) tutta la documentazione amministrativa presentata dall'operatore economico risultato aggiudicatario della gara, Società Euro & Promos Social Health Care Società Cooperativa Sociale (P.IVA 00518170311), con sede legale in Torino alla Via Strada Del Drosso n. 33/8, (cod. ben. 66965) ed ogni eventuale altra documentazione richiamata nei documenti suddetti e/o appartenente al medesimo procedimento; 3) tutta la documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici classificatisi meglio della scrivente società (Aldia soc. coop, Kcs Caregiver, Consorzio Blu), ed ogni eventuale altra documentazione richiamata nei documenti suddetti e/o appartenente al medesimo procedimento; 4) copia integrale e priva di omissis dell'offerta tecnica ed economica presentate dall'operatore economico risultato aggiudicatario Società Euro & Promos Social Health Care Società Cooperativa Sociale; 5) copia integrale e priva di omissis dell'offerta tecnica ed economica presentate dagli operatori economici (Aldia soc. coop, Kcs Caregiver, Consorzio Blu), classificatisi meglio della scrivente società, ed ogni eventuale altra documentazione richiamata nei documenti suddetti e/o appartenente al medesimo procedimento; 6) giustificazione all'offerta finalizzata alla verifica dell'anomalia dell'offerta ed eventuale altra documentazione richiamata nei documenti suddetti e/o appartenente al medesimo procedimento presentate dal 1° in graduatoria; 7) giustificazione all'offerta finalizzata alla verifica dell'anomalia dell'offerta ed eventuale altra documentazione richiamata nei documenti suddetti e/o appartenente al medesimo procedimento presentate dalle altre ditte summenzionate”. La richiedente ha motivato la propria istanza di accesso con la necessità di accedere alla documentazione per esigenze difensive connesse alla tutela, anche in un eventuale giudizio, della propria posizione giuridica, rappresentando di avere “sommo interesse all'aggiudicazione dell'appalto de quo ed alla verifica, sia della regolarità dello svolgimento delle operazioni concorsuali relative alla procedura di gara in oggetto indicata, sia della congruità dell'offerta formulata”. Con le note impugnate, il Comune di Como ha accolto solo parzialmente l'istanza di accesso, mettendo a disposizione della richiedente la documentazione amministrativa, una parte delle offerte tecniche e le offerte economiche dei quattro concorrenti meglio classificati della medesima ricorrente: più nello specifico, le offerte tecniche dei richiamati concorrenti risultano quasi completamente oscurate, mentre la documentazione amministrativa risulta parzialmente oscurata e le giustifiche non sono state trasmesse.

Assumendo l'illegittimità del predetto parziale diniego di accesso, la ricorrente – previa affermazione della sussistenza della propria legittimazione nonché dell'interesse diretto, concreto e attuale ai sensi degli artt. 22 della legge n. 241 del 1990 e 53 del D. Lgs. n. 50 del 2016 – ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 22 e ss. della legge n. 241 del 1990, dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 97 Cost., l'eccesso di potere, il difetto di motivazione, la prevalenza del proprio diritto di difesa rispetto alle esigenze di riservatezza dei concorrenti meglio graduati, la stretta indispensabilità della documentazione richiesta e la doverosa ostensione integrale delle offerte tecniche.

Poi sono stati dedotti la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 22 e ss. della legge n. 241 del 1990, dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 97 Cost., l'eccesso di potere e il difetto di motivazione.

Sono stati altresì dedotti l'illegittimità del diniego implicito relativo alla documentazione dei concorrenti meglio graduati dell'istante relativamente alla documentazione amministrativa e la violazione dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Inoltre sono stati dedotti la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 22 e ss. della legge n. 241 del 1990, dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 97 Cost., in relazione alla mancata ostensione delle giustifiche, dell'offerta economica e dei documenti acquisiti a comprova dei requisiti.

È stata ulteriormente contestata la mancata ostensione della documentazione richiesta anche in forza del D. Lgs. n. 33 del 2013 e dei principi espressi dal Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 10/2020.

È stata infine dedotta la violazione degli artt. 35 e 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023.

Si è costituito in giudizio il Comune di Como, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Successivamente al deposito del ricorso, il Comune di Como ha trasmesso alla ricorrente ulteriore documentazione amministrativa, in particolare i PassOe e i D.G.U.E. dei concorrenti meglio classificati della ricorrente, oscurati solo con riguardo ai dati personali dei soggetti che non hanno poteri di rappresentanza, e ha altresì segnalato, tramite una nota, che il R.U.P. non ha effettuato nessun procedimento di verifica di anomalia, non essendo stata riscontrata alcuna incongruità nelle offerte (è stata verificata soltanto la congruità dei costi della manodopera della prima classificata).

In prossimità della camera di consiglio di trattazione della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; in particolare, la difesa del Comune ha eccepito, in via preliminare, la tardività del ricorso e del motivo n. 7, in cui è stata dedotta la violazione degli artt. 35 e 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, mentre nel merito ne ha domandato il rigetto; la difesa della ricorrente ha replicato alle eccezioni formulate dalla difesa comunale,

deducendone l'infondatezza, e ha chiesto l'accoglimento del ricorso, con il conseguente ordine di esibizione della documentazione richiesta.

Alla camera di consiglio del 25 settembre 2024, fissata per la definizione della causa, il Collegio, preso atto delle istanze di passaggio in decisione della controversia sugli scritti e senza discussione presentate dai difensori della ricorrente e del Comune di Como, ha trattenuto in decisione la controversia.

DIRITTO

1. In via preliminare, anche al fine di stabilire la fondatezza dell'eccezione di tardività del ricorso formulata dalla difesa del Comune di Como, deve essere individuata la normativa applicabile a una istanza di accesso afferente alla fase conclusiva di una procedura di gara bandita nel mese di dicembre 2023 (quindi regolata dal D. Lgs. n. 36 del 2023) e aggiudicata in data 14 maggio 2024; ove si ritenessero applicabili gli artt. 35 e 36 del predetto decreto, deve poi stabilirsi quale disciplina procedimentale e processuale applicare laddove la Stazione appaltante, contravvenendo all'espressa previsione di cui all'art. 36 del (vigente) Codice dei contratti pubblici, non abbia reso disponibile, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale utilizzata per lo svolgimento della gara, nemmeno in parte, ai primi cinque classificati, unitamente alla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi del successivo art. 90, le offerte e la documentazione presentate dagli altri quattro concorrenti.

1.1. Quanto alla normativa applicabile all'accesso agli atti riferito alla fase conclusiva di una procedura di appalto bandita nel mese di dicembre 2023 (quindi regolata dal D. Lgs. n. 36 del 2023) e aggiudicata in data 14 maggio 2024, deve innanzitutto rilevarsi che l'art. 225, comma 2, del predetto attualmente vigente Codice dei contratti pubblici stabilisce che, tra gli altri, i precedenti artt. 35 e 36 acquistano efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024, applicandosi in via transitoria l'art. 53 del D. Lgs. n. 50 del 2016 soltanto fino al 31 dicembre 2023 (quanto alle attività relative all'accesso alla documentazione di gara). La richiamata disposizione, ossia l'artt. 225, comma 2, appare chiara nel suo significato e non ammette interpretazioni che ne possano stravolgere la portata, visto che l'ultrattività delle disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 50 del 2016 rappresenta l'eccezione alla regola generale dell'applicabilità del D. Lgs. n. 36 del 2023 a far data dal 1° luglio 2023 (art. 229, comma 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023). Tale conclusione risulta confermata anche dal successivo art. 226, comma 2, che prevede una deroga all'applicabilità del D. Lgs. n. 36 del 2023 soltanto per le procedure avviate antecedentemente al 1° luglio 2023, così tipizzando le fattispecie che fanno eccezione alla regola generale dell'applicabilità del D. Lgs. n. 36 del 2023 a partire da tale ultima data. Quindi soltanto per le procedure bandite nel vigore del D. Lgs. n. 50 del 2016, seppure aggiudicate nel 2024, devono applicarsi le regole contenute nel predetto decreto n. 50 del 2016, mentre per le gare bandite nel vigore del D. Lgs. n. 36 del 2023, ossia a partire dal 1° luglio 2023, la disciplina (a regime)

sull'accesso è contenuta negli artt. 35 e 36, che si applicano, in relazione alle richiamate procedure, a partire dal 1° gennaio 2024.

Concludendo sul punto, alle questioni afferenti all'accesso agli atti della gara oggetto di scrutinio nella presente sede – bandita nel mese di dicembre 2023 (quindi regolata dal D. Lgs. n. 36 del 2023) e aggiudicata in data 14 maggio 2024 – si applicano gli artt. 35 e 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023.

1.2. Una volta individuata la normativa applicabile è necessario verificare le modalità con cui procedere alla soluzione del caso concreto. L'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023 regola il procedimento di accesso agli atti, nella fase successiva alla conclusione della gara, in maniera peculiare, 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, infine, 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).

Come emerge dal delineato quadro normativo, la Stazione appaltante è 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 *“costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali”*. Una volta messi a disposizione tali documenti, le contestazioni avverso le *“decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte”* sono svolte attraverso il già citato rito (super speciale) di cui al comma 4.

La descritta normativa tuttavia non regola in maniera espressa, né sotto il profilo sostanziale né da un punto di vista processuale, il procedimento che eventualmente avesse ad oggetto l'accesso alle offerte dei primi cinque concorrenti utilmente classificati in graduatoria in caso di omissione, integrale o parziale, della loro comunicazione da parte della Stazione appaltante (sebbene siffatta

condotta risulti in contrasto con i precetti, aventi natura cogente, contenuti nei commi 1 e 2 dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023).

Pertanto spetta all'interprete ricostruire la disciplina applicabile alla richiamata fattispecie, in modo da consentire ai concorrenti che intendessero accedere alla documentazione di gara di poter superare, sia in fase procedimentale che processuale, le omissioni, totali o parziali, della Stazione appaltante in ordine a tali aspetti.

Il punto di partenza di tale ragionamento è rappresentato dalle già richiamate previsioni contenute nel comma 4 dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023, che stabiliscono che le decisioni avverso l'oscuramento o l'esibizione integrale del contenuto delle offerte sono impugnabili ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm., con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale della aggiudicazione. La richiamata disposizione però, come in precedenza rilevato, non contempla affatto l'evenienza in cui le offerte dei concorrenti (e la restante documentazione) non vengano messe a disposizione dei predetti partecipanti alla gara, contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, come avvenuto nel caso oggetto di controversia.

1.2.1. Secondo una possibile interpretazione, che sembrerebbe avallata anche dalla rubrica del medesimo art. 36 (*"Norme procedimentali e processuali in tema di accesso"*), il procedimento di cui alla citata disposizione potrebbe applicarsi anche nel caso in cui la Stazione appaltante non metta a disposizione dei concorrenti, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla gara appena conclusa, poiché la previsione di un rito processuale *"super speciale"*, strettamente correlato alla necessità di garantire un sollecito svolgimento dei giudizi in materia di appalti pubblici, si riferirebbe indistintamente a tutti gli aspetti concernenti la fase dell'accesso agli atti della procedura di gara; ciò determinerebbe l'applicazione di un uniforme regime giuridico a tutte le questioni afferenti all'accesso agli atti di gara e garantirebbe una celere definizione delle stesse, considerate le previsioni contenute nel comma 7 dell'art. 36, che impongono ristrette tempistiche processuali anche in fase di decisione della controversia relativa all'accesso.

Ove si accogliesse siffatta tesi, il concorrente che avesse interesse a conoscere il contenuto di un qualsivoglia documento di gara, in caso di mancata immediata e spontanea ostensione della predetta documentazione da parte della Stazione appaltante, dovrebbe incardinare il giudizio ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm. nel ristretto termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione della procedura, non essendo prevista (e nemmeno possibile) alcuna previa interlocuzione, in via procedimentale, tra il concorrente istante e la Stazione appaltante.

1.2.2. Tuttavia la richiamata interpretazione, sebbene funzionale a una rapida definizione delle questioni afferenti all'accesso agli atti di gara, che hanno natura incidentale e di regola sono pregiudiziali rispetto al vero e proprio contenzioso in materia di appalti, non sembra praticabile per

una serie di concorrenti ragioni di carattere testuale e di sistema, che appaiono difficilmente superabili.

Deve premettersi che in materia processuale vige una riserva assoluta di legge, poiché l'art. 111, primo comma, Cost. stabilisce che *“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*. Quindi non è consentito a fonti di rango secondario integrare la disciplina contenuta nella legge, poiché *“la disciplina processuale dell'attività giurisdizionale è riservata alla legge in termini «assoluti» e non «relativi»*” (Consiglio di Stato, Ad. plen., 12 aprile 2024, n. 5; anche, Ad. plen., 22 marzo 2024, n. 4), con ciò garantendosi altresì il rispetto dell'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore in tema di disciplina degli istituti processuali (Corte costituzionale, sentenze n. 148 del 2021, n. 271 del 2019 e n. 94 del 2017), che sono destinati a garantire a tutti i consociati sia il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, sia il correlato diritto di difesa, in attuazione della previsione contenuta nell'art. 24 Cost.

Affinché la riserva assoluta di legge sia rispettata è necessario altresì che in sede di applicazione della normativa processuale sia utilizzato un criterio di interpretazione assolutamente rispettoso della lettera della norma, dovendosi escludere la possibilità di procedere a interpretazioni di tipo estensivo o funzionale che non trovino un diretto riferimento nel senso attribuibile alla lettera della disposizione da applicare (in presenza di un univoco tenore della norma, ove si dubiti della sua conformità a Costituzione, il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale: Corte costituzionale, sentenza n. 253 del 2020).

La riserva di legge processuale – in aggiunta a una interpretazione strettamente letterale delle pertinenti disposizioni – ha la finalità di garantire il diritto di azione e di difesa in giudizio a tutti i consociati in un quadro di certezze, essendo il diritto processuale strumentale alla tutela dei diritti dei singoli, anche di quelli qualificati come fondamentali (cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 148 del 2021 e n. 77 del 2007). La modifica dello spettro applicativo della norma processuale, in assenza di una effettiva riferibilità della stessa alla fattispecie, si pone in contrasto con la richiamata finalità e determina una grave lesione della posizione giuridica di almeno una delle parti del giudizio (opera su un piano differente, ossia nel caso di mutamento nel corso del tempo dell'interpretazione di una norma processuale, l'istituto del *“prospective overruling”*, che, ferma restando la premessa della natura meramente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, mira a sterilizzare le conseguenze pregiudizievoli del nuovo indirizzo interpretativo: Cass. civ., SS.UU., 12 febbraio 2019, n. 4135; Consiglio di Stato, IV, 2 novembre 2023, n. 9434).

Difatti, con specifico riferimento alla fattispecie de qua, una *“estensione”* del disposto di cui al comma 4 dell'art. 36 del D. Lgs. n. 36 del 2023 anche ai casi in cui la Stazione appaltante non ha reso disponibile nessun documento relativo alla gara appena conclusa avrebbe imposto al concorrente

interessato all'accesso di incardinare, al buio, il ricorso ex art. 116 cod. proc. amm. entro il brevissimo termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, peraltro in carenza degli elementi per contestare l'eventuale oscuramento di dati contenuti nelle offerte non materialmente disponibili (i termini processuali in materia di appalti non devono determinare una arbitraria e irragionevole compressione del diritto di agire in giudizio, secondo Corte costituzionale, sentenza n. 204 del 2021). In tal modo le facoltà del predetto concorrente sarebbero sensibilmente limitate, poiché gli si imporrebbe di incardinare, in via diretta, un giudizio, senza la previa conoscenza delle decisioni della Stazione appaltante, diversamente da quello che avviene allorquando, ai sensi del comma 3 del citato art. 36, quest'ultima dà invece atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte in seguito alle richieste degli operatori che le hanno presentate. Sebbene anche quest'ultimo sia un procedimento in cui non è consentito l'intervento dei richiedenti l'accesso, tuttavia lo stesso mette in condizione questi ultimi di conoscere in anticipo le determinazioni assunte dall'Amministrazione procedente e di contestarle puntualmente in giudizio; diversamente, ove non vi fosse l'ostensione di alcun atto della procedura di gara, le questioni eventualmente afferenti all'oscuramento dei dati sarebbero oggetto di esame direttamente in giudizio, in contrasto con l'orientamento secondo il quale il ricorso in materia di accesso ai documenti amministrativi è comunque configurato come un rimedio impugnatorio e quindi – pur avendo a oggetto un giudizio sul rapporto, in sede di giurisdizione esclusiva – non può consentire di *“esaminare la prima volta avanti al giudice questo rapporto perché è il procedimento la sede prima, elettiva, immancabile, nella quale la composizione degli interessi, secondo la tecnica del bilanciamento, deve essere compiuta da parte del soggetto pubblico competente, senza alcuna inversione tra procedimento e processo”* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10; cfr. anche, II, 3 febbraio 2022, n. 772).

Da quanto evidenziato discende l'incompatibilità di una interpretazione che, oltre a porsi in contrasto con la chiara lettera della norma esaminata e quindi con i principi costituzionali, arreca un significativo vulnus alla tutela giurisdizionale del concorrente interessato all'accesso, con conseguente vantaggio per la Stazione appaltante che addirittura trarrebbe un beneficio dalla propria condotta contra legem, visto che la mancata messa disposizione delle offerte e di tutta la documentazione di gara trasgredisce in modo palese l'espressa indicazione contenuta nell'art. 36, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 36 del 2023.

1.2.3. Infine, non pare superfluo evidenziare che in sede di delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici – cfr. art. 1 della legge n. 78 del 2022, da cui è scaturita poi l'adozione del D. Lgs. n. 36 del 2023 – non si rinviene, tra i principi e criteri direttivi posti, alcun riferimento a norme processuali, sia in generale, sia con specifico riguardo alla materia dell'accesso agli atti di gara; di conseguenza, una eventuale *“implementazione”* della

disciplina in materia di accesso agli atti della procedura ad ambiti non espressamente contemplati si porrebbe anche in contrasto con la legge delega e quindi darebbe luogo indirettamente alla violazione dei principi discendenti dall'art. 76 Cost.

1.2.4. Quindi, in conclusione, si deve ritenere che nel caso in cui la Stazione appaltante, in violazione del disposto di cui all'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 quattro concorrenti e la restante documentazione di gara, deve applicarsi l'ordinario procedimento di accesso agli atti, disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, e la disciplina processuale ricavabile dall'art. 116 cod. proc. amm. (senza deroghe), non essendo applicabili le previsioni contenute nel rito super speciale di cui all'art. 36, commi 4 e 7, del D. Lgs. n. 36 del 2023.

Non può sottacersi che tale conclusione determina delle gravi distonie nella materia dell'accesso agli atti alle procedure di gara, con rischi di legati all'efficienza e alla durata delle predette procedure di appalto e alla uniformità di trattamento tra i concorrenti, che magari potrebbero essere costretti ad avviare azioni diverse, pur a fronte di identiche situazioni (la tempestiva comunicazione del diniego dell'ostensione dell'offerta tecnica per ragioni di riservatezza soltanto a una parte dei primi cinque classificati comporta il rischio di trovarsi al cospetto di differenti procedimenti di accesso nell'ambito della medesima gara, a seconda del concorrente considerato, oppure addirittura con riguardo a un singolo partecipante potrebbe determinarsi la necessità di azionare due procedimenti differenti, ove le offerte siano in parte ostese con omissioni e in parte del tutto omesse in fase di comunicazione). Tuttavia soltanto in sede legislativa può essere posto un rimedio a tale regime che risulta poco organico e per certi aspetti anche lacunoso, spettando all'interprete l'esclusivo compito di applicare la normativa allo stato vigente.

2. L'accertata applicabilità dell'ordinario procedimento di accesso agli atti alle fattispecie in precedenza individuate rende certamente mutuabile l'orientamento giurisprudenziale (lo ritiene invece superato in seguito all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 36 del 2023, T.A.R. Lazio, Roma, IV, 1° luglio 2024, n. 13225), formatosi nella vigenza del Codice dei contratti pubblici adottato nel 2016 (D. Lgs. n. 50 del 2016), secondo il quale, nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, ove la richiesta di accesso agli atti venga proposta entro un lasso temporale di quindici giorni, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione di cui all'art. 120 cod. proc. amm. si deve incrementare di un numero di giorni (massimo quindici) pari a quello necessario per avere piena conoscenza dell'atto e dei suoi eventuali profili di illegittimità, qualora questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione di aggiudicazione (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 204 del 2021; Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12; V, 27 marzo 2024, n. 2882; V, 15 marzo 2023, n. 2736; III, 1° agosto 2022, n. 6750; V, 22 luglio 2022, n. 6448; III, 15 marzo 2022, n.

1792; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 12 aprile 2024, n. 1083; per una diversa prospettazione, Consiglio di Stato, III, 8 novembre 2023, n. 9599).

In coerenza con tali presupposti, la medesima giurisprudenza ha affermato che, poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, non è necessaria la previa proposizione di un ricorso al buio, comportando la tempestiva proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara – si ripete, formulata nei quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione – la dilazione temporale dei termini di impugnazione, quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (per una lettura particolarmente garantista, cfr. Consiglio di Stato, V, 2 aprile 2024, n. 3008). Pertanto, in applicazione di tale indirizzo giurisprudenziale, non si può ritenere che l'operatore economico per essere legittimato all'accesso alle offerte degli altri concorrenti partecipanti debba proporre un ricorso totalmente al buio, soprattutto laddove, come nella specie, l'intera documentazione sia stata sottratta all'accesso (Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, richiamata da Consiglio di Stato, III, 1° agosto 2022, n. 6750; anche, V, 22 luglio 2022, n. 6448; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 15 novembre 2023, n. 2658).

3. Sulla scorta delle suesposte premesse il ricorso oggetto di scrutinio nella presente sede deve ritenersi tempestivo. Difatti, alla mancata messa a disposizione da parte della Stazione appaltante della documentazione di gara e delle offerte dei primi quattro concorrenti classificati, la ricorrente ha reagito proponendo l'istanza di accesso nel termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione (quest'ultima è avvenuta in data 14 maggio 2024 e l'istanza di accesso è stata formulata in data 25 maggio 2024: all. 3 e 4 al ricorso), cui hanno fatto seguito le comunicazioni datate 4 e 5 giugno 2024 della Stazione appaltante con cui sono stati messi a disposizione della ricorrente la documentazione amministrativa, il progetto tecnico e l'offerta economica degli operatori classificati nelle prime quattro posizioni, specificandosi che i progetti tecnici sono stati trasmessi nella versione oscurata su richiesta delle parti interessate, che hanno eccepito la sussistenza di segreti tecnici e commerciali (all. 6 e 7 al ricorso). Assumendo l'illegittimità dell'omessa trasmissione in forma integrale della documentazione, la ricorrente con ricorso proposto in data 14 giugno 2024 ne ha chiesto l'accertamento in sede giurisdizionale. Dalla descritta tempistica emerge la tempestività del ricorso oggetto di esame, da cui scaturisce il rigetto dell'eccezione di irricevibilità formulata dalla difesa del Comune di Como.

4. Prima di esaminare il merito della controversia, deve darsi atto della parziale cessazione della materia del contendere, in quanto, successivamente alla presentazione del ricorso, il Comune di Como ha trasmesso alla ricorrente ulteriore documentazione amministrativa (all. 16 e ss. del Comune), in

particolare i PassOe e i D.G.U.E. dei concorrenti collocati in posizione peggiore rispetto alla ricorrente, oscurati solo con riguardo ai dati personali dei soggetti che non hanno poteri di rappresentanza, e ha trasmesso la nota con cui si è specificato che il R.U.P. non ha effettuato nessun procedimento di verifica di anomalia, non essendosi riscontrata alcuna incongruità nelle offerte (è stata eseguita solo la verifica della congruità dei costi della manodopera della prima classificata).

5. Passando alla trattazione del merito del ricorso, lo stesso è meritevole di accoglimento.

6. Si possono esaminare congiuntamente tutte le censure del gravame, in quanto strettamente connesse, attraverso le quali la ricorrente ha evidenziato i propri interesse e legittimazione all'accesso integrale alla documentazione di gara e alle offerte dei concorrenti graduati nelle prime quattro posizioni, essendo prevalente il suo interesse difensivo rispetto alle asserite e indimostrate esigenze di tutela di ipotetici segreti tecnici e commerciali.

7. Deve premettersi che la società ricorrente si è classificata al quinto posto della graduatoria relativa alla procedura, indetta dal Comune di Como, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare anziani e disabili, e rispetto ad essa risulta ancora possibile per la citata ricorrente contestarne in sede giurisdizionale gli esiti, operando nella specie la dilazione temporale dei termini di impugnazione (cfr. precedente punto 2).

Allo scopo di valutare la fondatezza dell'istanza di accesso non è richiesta la dimostrazione della c.d. prova di resistenza, visto che la mancata conoscenza delle offerte tecniche dei concorrenti meglio classificati 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 (art. 36, comma 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.

Pertanto, sul punto va sottolineato come la rilevanza della documentazione richiesta in ordine all'instaurando giudizio – il cui avvio è naturalmente subordinato all'effettiva presenza di vizi della procedura, rilevati all'esito dell'esame degli atti oggetto della richiesta di ostensione – non possa essere stabilita dall'Amministrazione detentrica del documento o dal giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso, “*poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso* [, non potendo questi ultimi] *sostituirsi ex ante al giudice*

competente nella inammissibile e impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva, alla quale la richiesta di accesso sia preordinata, salvo, ovviamente, il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990" (Consiglio di Stato, Ad. plen., 18 marzo 2021, n. 4; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 15 novembre 2023, n. 2658).

La ricorrente ha formulato istanza di accesso agli atti della procedura svolta dal Comune di Como, evidenziando di avere *"sommo interesse all'aggiudicazione dell'appalto de quo ed alla verifica, sia della regolarità dello svolgimento delle operazioni concorsuali relative alla procedura di gara in oggetto indicata, sia della congruità dell'offerta formulata"* e di reputare *"indispensabile esercitare il diritto di accesso e di informazione (...) in vista della difesa in giudizio dei propri interessi"* (all. 5 al ricorso); negli atti processuali ha poi ribadito e ulteriormente argomentato il proprio interesse, evidenziando tra l'altro che, su un punteggio massimo assegnabile all'offerta tecnica pari a 90 punti, il distacco tra essa ricorrente e l'aggiudicataria prima classificate fosse di circa 15 punti e quindi la conoscenza integrale delle offerte tecniche delle altre concorrenti avrebbe potuto consentire di rilevare *"svariati fattori escludenti, quali l'offerta di proposte migliorative tali da incrementare i costi fino a rendere incongrua l'offerta, l'indicazione di elementi relativi al prezzo all'interno dell'offerta economica, la proposizione di un'offerta generica e condizionata, l'errata assegnazione del punteggio, ecc."* (pag. 5 memoria del 14 settembre 2024 di Nasce Un Sorriso).

Quindi, la parte ricorrente ha dato atto della sussistenza di un interesse specifico alla conoscenza delle offerte tecniche delle controinteressate, 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; la difesa del Comune di Como ha richiamato, in senso opposto, Consiglio di Stato, V, 18 settembre 2023, n. 8382, che tuttavia ha avuto a oggetto una fattispecie in cui l'accedente non aveva partecipato alla procedura e non ne aveva nemmeno contestato gli esiti in sede giurisdizionale).

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"* (cfr. Consiglio di Stato, IV, 13 dicembre 2021, n. 8302); difatti, *"il ricorso in materia di accesso ai documenti amministrativi, per come recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, veicola l'accertamento giurisdizionale del diritto dell'istante all'ostensione dei documenti amministrativi richiesti e ciò indipendentemente dai motivi opposti dalla p.a. a sostegno del diniego (cfr. Consiglio di Stato ad. plen., 02/04/2020, n. 10; Cons. St., sez. V, 19 giugno 2018, n. 3956). Il Giudice adito in sede di ricorso ex art. 116 c.p.a. è,*

quindi, tenuto a valutare nel merito la fondatezza della pretesa ostensiva della parte ricorrente in considerazione degli elementi da quest'ultima addotti a fondamento della stessa. Quanto sopra trova riscontro in quel consolidato orientamento (...) secondo cui «il giudizio di cui all'art. 116 c.p.a., ancorché configurato come impugnatorio, è sostanzialmente volto ad accertare la sussistenza o meno del diritto di accesso del ricorrente ai documenti amministrativi di cui ha chiesto l'ostensione, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'Amministrazione per giustificare il diniego ovvero dal silenzio da questa mantenuto sull'istanza» (così in tal senso T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 20/07/2020, n. 8369) (T.A.R. Lazio, Roma, II quater, 7 febbraio 2022, n. 1368; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 15 novembre 2023, n. 2658; IV, 3 marzo 2022, n. 517).

8. In linea con la costante giurisprudenza, la fondatezza dell'istanza di accesso deve preliminarmente 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 (Codice dei contratti pubblici) 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 in precedenza rilevato, la parte istante ha convincentemente dato atto, anche in fase processuale, della necessità di conoscere il contenuto integrale della documentazione e delle offerte dei concorrenti controinteressati 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). 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 dai controinteressati al fine di opporsi alla ostensione di parti della loro offerta, poiché in ragione della tipologia di appalto, non connotato dall'utilizzo di peculiari tecnologie o segreti industriali, ma legato principalmente all'impiego di manodopera per attività di assistenza, 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 un appalto già aggiudicato (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, 23 gennaio 2023, n. 203).

Peraltro, nella specie assume decisiva rilevanza la circostanza che la Stazione appaltante abbia negato l'accesso a una parte della documentazione di gara – in particolare, all'offerta tecnica integrale e alla documentazione amministrativa dei concorrenti classificati prima della ricorrente – limitandosi a recepire in maniera acritica la posizione espressa dalle parti controinteressate senza ulteriori specificazioni: nel riscontrare la richiesta di accesso, il Comune ha specificato che *«le motivazioni addotte dalla più parte dei partecipanti alla gara circa la riservatezza, richiamano consolidata giurisprudenza che, anche in adesione a previsioni nazionale e comunitarie, escludono dall'ostensibilità degli atti di gara quella parte dell'offerta che contenga informazioni considerate dagli operatori economici riservate, comprese anche, ma non esclusivamente, segreti tecnici o commerciali (il know how), ossia l'insieme del “saper fare”, delle esperienze maturate ed acquisite nell'esercizio professionale della propria attività che sono divenuti beni essenziali e prodotto patrimoniale delle singole imprese»* (all. 6 al ricorso). L'Ente resistente non ha svolto quindi alcuna valutazione indipendente in ordine alle opposizioni formulate dai concorrenti, recependole sic et

simpliciter, e ha omesso, 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, 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, Klaipėdos regiono atliekų 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).

9. In conseguenza di ciò, risulta la sussistenza di un interesse diretto, concreto e attuale della ricorrente a ottenere l'accesso all'integrale documentazione di gara, comprensiva delle offerte tecniche e della documentazione amministrativa in formato completo – compresi i D.G.U.E. e i PassOe in versione integrale – presentate dalle concorrenti classificate nelle prime quattro posizioni della procedura bandita dal Comune di Como per *“l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare anziani e disabili (sad) CIG: A0316208F3”*.

10. Da quanto evidenziato discende l'obbligo in capo al Comune di Como di consentire l'accesso integrale, entro il termine di 10 (dieci) giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, a tutta la documentazione richiesta nell'istanza formulata dalla ricorrente Nasce Un Sorriso soc. coop. soc. in data 25 maggio 2024 e non ancora ostesa, salva la documentazione afferente alla verifica di anomalia delle offerte che la Stazione appaltante ha segnalato non essere mai stata posta

in essere e quindi risulta non essere esistente (invece il documento afferente la verifica congruità dei costi per la manodopera dell'aggiudicataria Euro & Promos Social Health Care soc. coop. soc. è stato già trasmesso alla parte ricorrente: all. 16 del Comune).

11. In conclusione, il ricorso deve essere in parte dichiarato improcedibile per cessazione della materia del contendente e in parte accolto, nei termini in precedenza specificati, con assorbimento delle ulteriori questioni non oggetto di specifica trattazione.

12. Le spese del giudizio, da porre a carico del Comune di Como, si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, in parte dichiara improcedibile per cessazione della materia del contendere e in parte accoglie, secondo quanto specificato in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe.

Condanna il Comune di Como al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Nasce Un Sorriso soc. coop. soc. nella misura di € 1.000,00 (mille/00), oltre spese e oneri generali; dispone altresì la rifusione del contributo unificato in favore della ricorrente e a carico del Comune di Como; le predette somme devono essere corrisposte direttamente al difensore del ricorrente, dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Silvia Torraca, Referendario