

APPLTI – ACCESSO ATTI: T.A.R. Marche -Sezione Prima –Sentenza 28 marzo 2025, n. 227, in Urbanistica ed Appalti n. 5/2025, pag. 643, con commento di L. A Bongiorno: *“L’anonimato dei concorrenti: un equilibrio “precario” tra eccesso atti e attività di sopralluogo”*, pag. 646.

Appalti –Accesso agli atti -Gara -Sopralluogo -Nominativi delle imprese che hanno svolto i sopralluoghi -Inaccessibilità -Ragioni.

In qualsiasi appalto di servizi - o anche di forniture che preveda consegne periodiche - il gestore uscente gode di vantaggi di fatto rispetto a tutti gli altri competitors, sia in termini di conoscenza dei dettagli dell'appalto (il che gli consente di formulare un'offerta tecnica sempre più affinata e/o un'offerta economica più "informata"), sia in termini di possibile individuazione dei concorrenti che parteciperanno alla nuova gara. Ma questi sono per l'appunto vantaggi di fatto non eliminabili (in quanto l'unico modo per eliderne qualsiasi potenziale rilevanza consisterebbe nel divieto per il gestore uscente di partecipare alla nuova gara e persino di assumere la veste di subappaltatore del nuovo gestore) e non addebitabili alla stazione appaltante, la quale, (...), deve solo fare in modo che questi vantaggi non siano in qualche modo prodotti dalle modalità di redazione e pubblicazione degli atti indittivi (...). Con riguardo al sopralluogo, dunque, il R.U.P. o il funzionario a ciò delegato, nei casi in cui la presenza del gestore uscente sia in qualche modo necessitata, devono fare in modo che l'O.E. interessato non riveli il proprio nominativo al gestore uscente e, soprattutto, una volta ultimati i sopralluoghi non devono rivelare i nominativi delle imprese che hanno svolto i sopralluoghi stessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche e della Regione Marche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2025 il dott. Tommaso Capitano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, gestore uscente del servizio di fornitura di energia e di manutenzione degli immobili e degli impianti presso l’Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche (di seguito anche “A.O.U.”) impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, nella parte in cui la Stazione Unica Appaltante operante presso la Regione Marche (di seguito anche “S.U.A.M.”) ha prorogato il termine per la presentazione delle offerte, rendendo però noto l’elenco dei soggetti che avevano effettuato il sopralluogo tecnico obbligatorio e che dunque erano i soli legittimati a presentare offerta.

SIRAM articola due diverse censure:

- da un lato, deduce la violazione del principio dell’anonimato dei concorrenti;

- dall'altro lato, deduce la violazione dell'art. 92, comma 2, let. a), del D.Lgs. n. 36/2023, evidenziando che nella specie non sussistevano i presupposti per la concessione della proroga, visto che la documentazione tecnica integrativa necessaria agli operatori economici per formulare l'offerta era stata messa a loro disposizione almeno sei giorni prima del termine di scadenza per la presentazione dell'offerta.

Pertanto, nella presente controversia non viene in rilievo il problema della proroga in sé e per sé del termine di presentazione delle offerte, bensì:

- da un lato, il fatto che la decisione di concedere la proroga è stata resa nota con un'unica *mail* diretta a tutti i potenziali concorrenti che avevano effettuato il sopralluogo obbligatorio, i quali hanno dunque avuto la possibilità di conoscere i nominativi degli operatori economici verosimilmente interessati a partecipare alla gara;

- dall'altro lato, la violazione di una disposizione del D.Lgs. n. 36/2023 che secondo la ricorrente è tassativa.

Non sono pertanto del tutto attagliate al *thema decidendum* le puntuali e condivisibili argomentazioni difensive svolte in particolare dall'Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche per giustificare la decisione di concedere la proroga richiesta pressoché da tutti i potenziali concorrenti, mentre coglie nel segno l'eccezione di inammissibilità del secondo motivo.

In effetti, SIRAM non è legittimata a censurare la violazione dell'art. 92, comma 2, let. a), del D.Lgs. n. 36/2023 in quanto essa ha manifestato la volontà di partecipare alla gara in a.t.i. con Edison Next Government S.r.l., la quale, come ha comprovato l'A.O.U., in data 18 febbraio 2025 aveva chiesto alla S.U.A.M. di concedere una proroga di almeno trenta giorni del termine di scadenza per la presentazione delle offerte. L'odierna ricorrente (la quale ha implicitamente condiviso l'istanza della futura mandataria del r.t.i.) non può pertanto dolersi del fatto che tale richiesta è stata accolta.

Nel merito, comunque, il motivo sarebbe da respingere, perché la disposizione in commento non esaurisce tutte le ipotesi in cui la stazione appaltante può decidere di prorogare il termine di presentazione delle offerte.

2. Ciò detto, vanno preliminarmente esaminate le due eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dalle amministrazioni resistenti per:

- omessa notifica del ricorso ad almeno un controinteressato (nel corso della discussione orale l'eccezione è stata meglio precisata, evidenziandosi che Edison Next Government S.r.l. – a cui il ricorso è stato notificato – non sarebbe un controinteressato ma semmai un cointeressato, avendo anch'essa censurato la concessione della proroga con il coevo ricorso n. 133/2025 R.G.):

- abuso del processo, per il fatto che, come detto, SIRAM ha già manifestato la volontà di partecipare alla gara in a.t.i. con Edison e, in quanto gestore uscente, era già a conoscenza dei nominativi degli

OO.EE. che hanno effettuato i sopralluoghi (ai quali, come si dirà *infra*, erano presenti i tecnici della ricorrente).

Le suddette eccezioni vanno disattese per le seguenti ragioni.

Quanto al primo profilo va osservato che, per giurisprudenza assolutamente consolidata (*ex multis*, Cons. Stato, n. 4984/2023), laddove venga impugnata la *lex specialis* (o sue modifiche) il ricorso non va notificato ad alcun controinteressato, e questa regola opera persino quando nelle more siano state già presentate le domande di partecipazione o le offerte. Al riguardo va precisato che esistono decisioni di segno contrario (ad esempio, T.A.R. Catanzaro, n. 71/2018), ma esse sono riferite ad ipotesi particolari, ad esempio al caso in cui il prodotto o il servizio può essere fornito da un solo operatore economico, il quale vanta dunque un interesse indubbio alla conservazione della *lex specialis* (questo è tanto vero che nella prefata sentenza n. 71/2018 anche il Tribunale calabrese ha richiamato la regola generale di cui si è detto).

Da ultimo va osservato che, per quanto si è detto in precedenza, in realtà gli altri OO.EE. che hanno richiesto la proroga sono solo interessati a conservare questo beneficio (il che, come si dirà nella parte finale della presente sentenza, viene garantito anche in caso di accoglimento del ricorso di SIRAM), ma non sono legittimati a tutelare una situazione di potenziale alterazione della regolarità della competizione.

Per quanto concerne il secondo profilo va invece osservato che:

- come si dirà esaminando il merito delle censure formulate da SIRAM con il primo motivo, il fatto che il gestore uscente assista ai sopralluoghi effettuati dai suoi futuri potenziali concorrenti non rende di per sé illegittima la procedura;
- la tesi dell'A.O.U. resistente prova troppo, perché essa sembra voler implicitamente sostenere che il gestore uscente sia tenuto a subire senza poter reagire eventuali potenziali alterazioni della regolarità della gara. Va al contrario puntualizzato che il principio dell'anonimato dei concorrenti vale anche a favore del gestore uscente, il quale deve essere tutelato al pari degli altri partecipanti. Né si può "rimproverare" a SIRAM di essere il gestore uscente, perché il fatto che il gestore uscente parta con un leggero teorico vantaggio non autorizza gli altri concorrenti a porre in essere accordi abusivi finalizzati a colmare questo *gap* e il principio dell'anonimato è posto proprio a presidio di questo ipotetico rischio.

Nessun abuso del processo o del diritto è pertanto ravvisabile nella presente iniziativa giudiziaria.

In ogni caso, seppure il ricorso fosse dichiarato inammissibile, ciò non inciderebbe sull'esito sostanziale della vicenda, visto che con sentenza "breve" resa in pari data il Tribunale ha accolto il coevo e analogo ricorso di Edison, il che soddisfa anche l'interesse di SIRAM.

3. Fatte queste doverose premesse, il Tribunale ritiene che il ricorso sia meritevole di accoglimento, risultando fondato il primo motivo. Al riguardo va osservato che:

- come è emerso dagli scritti difensivi della Regione, il vizio procedimentale (avente però rilievo sostanziale, come si dirà *infra*) denunciato dalla società ricorrente è addebitabile ad una disattenzione o, al limite, ad un eccesso di zelo, dell'ufficio che gestisce la procedura, visto che nel provvedimento che ha disposto la proroga non era prevista la comunicazione individuale dell'atto ai potenziali concorrenti. Questo costituisce un primo elemento che milita a favore della ricorrente;
- come ha correttamente evidenziato SIRAM, il principio dell'anonimato dei concorrenti, a presidio del quale sono poste anche sanzioni penali, costituisce uno dei pilastri delle procedure ad evidenza pubblica, essendo noto che in tanto possono essere conclusi accordi collusivi fra gli operatori interessati in quanto ciascuno di essi conosca in anticipo l'identità degli altri. In questo senso non è dirimente il richiamo operato dalle amministrazioni resistenti al tenore letterale all'art. 35, comma 2, del D.Lgs. n. 36/2023, nella parte in cui la norma fa riferimento ai soggetti che hanno (già) presentato l'offerta, perché, alla luce delle diverse modalità con cui può essere alterata la regolarità della competizione (infatti, oltre alla presentazione di offerte da parte di operatori che si trovano fra loro in situazione di collegamento sostanziale, l'alterazione può essere attuata anche mediante l'invito a uno o più operatori a non presentare offerta in cambio della promessa di subappalti o altri analoghi vantaggi), l'anonimato va garantito anche, se non soprattutto, nella fase che precede la formulazione delle offerte;
- del resto, nella specie la S.U.A.M. ha correttamente applicato tale principio sia con riguardo alla pubblicazione dei chiarimenti sia con riguardo alle modalità di effettuazione del sopralluogo obbligatorio. Quanto al primo profilo, è noto che in sede di pubblicazione dei chiarimenti l'amministrazione aggiudicatrice non deve rivelare il nominativo dell'operatore economico che ha formulato la richiesta di chiarimenti, e questo sia per non svelare l'identità dell'O.E. sia per non consentire agli altri operatori di poter intuire, in base al tenore della richiesta, in che modo sarà articolata l'offerta tecnica o, in qualche caso, anche quella economica di quel concorrente. E, come risulta dal documento allegato n. 07 alla memoria del 21 marzo 2025 della Regione Marche, la S.U.A.M. ha osservato tale regola, pubblicando le risposte alle F.A.Q. senza svelare il nominativo degli O.E. che avevano formulato i rispettivi quesiti. Quanto al secondo profilo, va anzitutto puntualizzato che, come emerge dai documenti allegati nn. 48 e 49 alla memoria del 21 marzo 2025 dell'A.O.U., il R.U.P. si è certamente avvalso dell'ausilio del gestore uscente per condurre i sopralluoghi (il che nella specie era vieppiù necessario in quanto solo il c.d. terzo responsabile – che è il gestore stesso – può accedere nei locali che ospitano gli impianti), ma senza comunicare in anticipo i nominativi degli OO.EE. che avrebbero effettuato il sopralluogo. Al riguardo va aggiunto

che in qualsiasi appalto di servizi - o anche di forniture che preveda consegne periodiche - il gestore uscente gode di vantaggi di fatto rispetto a tutti gli altri *competitors*, sia in termini di conoscenza dei dettagli dell'appalto (il che gli consente di formulare un'offerta tecnica sempre più affinata e/o un'offerta economica più "informata"), sia in termini di possibile individuazione dei concorrenti che parteciperanno alla nuova gara. Ma questi sono per l'appunto vantaggi di fatto non eliminabili (in quanto l'unico modo per eliderne qualsiasi potenziale rilevanza consisterebbe nel divieto per il gestore uscente di partecipare alla nuova gara e persino di assumere la veste di subappaltatore del nuovo gestore) e non addebitabili alla stazione appaltante, la quale, come detto, deve solo fare in modo che questi vantaggi non siano in qualche modo prodotti dalle modalità di redazione e pubblicazione degli atti indittivi (ad esempio è vietato redigere il bando e/o il capitolato di concerto con il gestore uscente oppure comunicare in anticipo il contenuto degli atti di gara al gestore uscente medesimo). Con riguardo al sopralluogo, dunque, il R.U.P. o il funzionario a ciò delegato, nei casi in cui la presenza del gestore uscente sia in qualche modo necessitata, devono fare in modo che l'O.E. interessato non riveli il proprio nominativo al gestore uscente e, soprattutto, una volta ultimati i sopralluoghi non devono rivelare i nominativi delle imprese che hanno svolto i sopralluoghi stessi. Questi principi valgono viepiù laddove (come nella specie – art. 11 del disciplinare di gara) la *lex specialis* prevede il sopralluogo obbligatorio, perché in questi casi solo i soggetti che hanno effettuato il sopralluogo possono presentare l'offerta e dunque l'elenco degli OO.EE. che hanno effettuato il sopralluogo coincide di fatto con l'elenco dei partecipanti, con l'unica differenza che alcuni dei soggetti potenzialmente interessati potrebbe decidere di non presentare l'offerta (si tratterebbe dunque di una variazione in diminuzione che potrebbe acuire ancor di più il rischio di condizionamento dell'esito della gara). Per questo, una procedura aperta in cui è previsto il sopralluogo obbligatorio si trasforma di fatto in una procedura ristretta, perché, decorso il termine perentorio entro cui va effettuato il sopralluogo, solo un gruppo ristretto e predefinito di operatori economici può presentare l'offerta.

Nella specie, poi, considerato l'importo dell'appalto è ben difficile che alcuni degli OO.EE. interessati non presentino l'offerta.

Ma se tutte le summenzionate cautele valgono sia per la resa dei chiarimenti sia per le modalità di effettuazione del sopralluogo non si comprende perché esse non debbano valere anche con riguardo alla fase che trascorre dal momento dell'effettuazione del sopralluogo al momento della presentazione dell'offerta. A opinare diversamente si dovrebbe concludere che nell'ambito della procedura di gara esiste una zona grigia in cui il principio dell'anonimato sarebbe legittimamente derogabile.

4. Le considerazioni appena svolte in tema di sopralluogo consentono al Collegio di confrontarsi con le decisioni del Consiglio di Stato e di alcuni T.A.R. richiamate dalle difese delle amministrazioni intimate.

In tutte le vicende di cui si sono occupate le suddette sentenze (Cons. Stato, n. 6097/2019 e n. 1447/2023; T.A.R. Bologna, n. 1022/2021) il concorrente illegittimamente pretermesso in sede di valutazione delle offerte contestava, fra le altre cose, il fatto che il gestore uscente fosse presente ai sopralluoghi e in tal modo si fosse avvantaggiato della possibilità di conoscere in quel modo l'identità dei possibili concorrenti. Si tratta dunque dei vantaggi di fatto di cui si è detto in precedenza, con riguardo ai quali il Consiglio di Stato e vari Tribunali Amministrativi Regionali hanno correttamente ritenuto che tali situazioni non incidono di per sé sulla regolarità della procedura.

A ben diversa conclusione deve giungersi, come detto, quando è la stazione appaltante a rivelare espressamente l'identità dei potenziali (ma in caso di sopralluogo obbligatorio si tratta di reali) concorrenti.

Da ultimo, e prendendo spunto proprio dalle vicende decise con le sentenze dianzi richiamate, va osservato che, una volta venuto meno l'anonimato dei concorrenti, la procedura rischierebbe di proseguire “zoppa” o “claudicante”, perché dopo l'aggiudicazione qualcuno dei concorrenti pretermessi potrebbe sollevare il vizio che SIRAAM ha inteso invece dedurre *ex ante*.

5. Il ricorso va dunque accolto, con conseguente annullamento del decreto n. 28 del 18 febbraio 2025 e della nota allegato n. 8 al ricorso, trasmessa via *mail*, con cui la S.U.A.M. ha comunicato ai concorrenti che avevano effettuato il sopralluogo la proroga del termine di presentazione delle offerte. A questo punto vanno chiarite le modalità di esecuzione della presente sentenza.

L'annullamento, anzitutto, non coinvolge né il bando, né il disciplinare, né il capitolato tecnico e gli altri atti ad esso allegati (salvo che la stazione appaltante e/o il committente non si avvedano in via autonoma della necessità di apportare modifiche), ancorché tali atti figurino fra quelli impugnati.

Infatti, come si è visto, il vizio rilevato dalla ricorrente è intervenuto in una fase specifica della procedura ed esso non inficia gli atti precedenti (essendo possibile, come si dirà *infra*, adottare accorgimenti idonei ad evitare la dispendiosa riedizione della gara).

Né dall'accoglimento del ricorso discende l'impossibilità per gli altri potenziali concorrenti di presentare offerta, visto che:

- il motivo di ricorso con cui SIRAAM contesta la concessione della proroga per violazione dell'art. 92, comma 2, let. a), del D.Lgs. n. 36/2023 è, come detto, inammissibile;
- la procedura era stata sospesa con decreto monocratico n. 32/2025 ma non risulta che l'a.t.i. capeggiata da Edison (in cui SIRAAM è mandante) abbia presentato offerta entro il termine originariamente previsto;

- gli altri concorrenti, confidando sulla proroga concessa, non hanno ovviamente potuto presentare offerta entro il termine originario;

- di fatto i termini previsti inizialmente dalla *lex specialis* sono stati ampiamente superati.

È invece necessario unicamente far ripartire la gara ripristinando l'anonimato fra i concorrenti.

A tal riguardo è dunque necessario che:

- sia individuato un nuovo e congruo termine per l'effettuazione del sopralluogo obbligatorio, perché questo potrebbe ampliare la platea dei concorrenti. Il sopralluogo andrà ovviamente effettuato garantendo, nei limiti suindicati, l'anonimato degli OO.EE. La stazione appaltante valuterà se considerare assolto l'obbligo da parte degli OO.EE. che hanno già effettuato il sopralluogo oppure se sia necessario ripetere il sopralluogo;

- sia conseguentemente individuato il nuovo termine di presentazione delle offerte. Il relativo provvedimento dovrà essere pubblicato secondo le modalità consuete e non comunicato individualmente ad alcun O.E.

Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, vanno poste esclusivamente a carico della Regione Marche, visto che i provvedimenti annullati sono stati adottati dalla S.U.A.M., mentre vanno compensate nei confronti dell'A.O.U. delle Marche.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione;

- condanna la Regione Marche al pagamento in favore della società ricorrente delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 1.500,00, oltre accessori di legge. Spese compensate nei riguardi dell'Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore