DESAV
STUDIO LEGALE ASSOCIATO

STUDIO LEGALE DE MARINI SAVORELLI
Via E. Visconti Venosta, 7 – 20122 MILANO
Tel. 02 54 10 75 67 – Fax 02 36 51 49 55
studiolegale@cert.galassiasrl.com

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9.09.2026, n. 8

L'Adunanza Plenaria traccia i confini del rito super-accelerato sull'accesso ex art. 36 del D.Lgs. 36/2023

Il termine abbreviato decorre soltanto laddove la Stazione Appaltante abbia provveduto, contestualmente alla comunicazione di aggiudicazione, a pubblicare o dare ostensione alla documentazione riferibile all'aggiudicataria e alle decisioni assunte in merito all'oscuramento di tale documentazione.

Non è configurabile una decisione implicita sull'oscuramento, essendo necessario un provvedimento espresso.

Con la pronuncia in epigrafe l'Adunanza Plenaria ha risolto il contrasto giurisprudenziale riguardante l'art. 36 D.Lgs. 36/2023, avente ad oggetto, da un lato, il *dies a quo* del termine abbreviato di dieci giorni per il ricorso e, dall'altro, la configurabilità o meno di una decisione implicita sull'oscuramento da parte della Stazione Appaltante.

Più nel dettaglio la Plenaria si è espressa sui seguenti quesiti sollevati dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza di rimessione n. 4327 del 29 maggio 2026:
"*I) se il rito speciale super-accelerato in materia di accesso previsto dall'articolo 36, comma 4, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, sia destinato a trovare applicazione nel solo caso in cui la stazione appaltante abbia puntualmente assolto agli obblighi di pubblicazione e comunicazione di cui ai commi da 1 a 3 del medesimo articolo...*";
"*II) se, e in caso affermativo a quali condizioni, la pubblicazione o l'ostensione dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario in tutto o in parte oscurata possa integrare una decisione implicita della stazione appaltante sull'istanza di oscuramento...*";

Con riferimento al primo quesito, l'Adunanza Plenaria ha preso atto dell'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali.
Secondo un primo indirizzo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2025, n. 10036; id., 24 marzo 2025, n. 2384; 25 giugno 2025, n. 5545), il rito speciale di cui all'art. 36 D.Lgs. 36/2023 si applicherebbe a prescindere dal rispetto degli obblighi di comunicazione e pubblicazione da parte della Stazione Appaltante, posto che il *dies a quo* del termine di dieci giorni decorrerebbe dalla data effettiva della decisione di oscuramento.
Un secondo indirizzo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352; Sez. III, 25 luglio 2025, n. 6620 e per la rassegna degli orientamenti in materia, Sez. V, n. 9454/2025) propende invece per un'interpretazione letterale e rigorosa dell'art. 36 in virtù del carattere eccezionale della disciplina ivi prevista; pertanto ritiene

necessario rispettare rigidamente l'obbligo di comunicazione previsto dal c. 3, altrimenti non sussisterebbero i presupposti per l'applicazione del rito super-accelerato. Pertanto, nel caso di violazione degli obblighi di cui ai commi da 1 a 3 e di mancata decisione espressa, si determinerebbe la "riespansione" della disciplina generale del rito ordinario ex art. 116 c.p.a., con il relativo termine di impugnativa di trenta giorni.

Ebbene la Plenaria ha preferito aderire al secondo orientamento e ciò sulla scorta delle seguenti ragioni:
a) l'inequivoco dato testuale della norma che fa decorrere il termine abbreviato "dalla comunicazione digitale della aggiudicazione";
b) la natura eccezionale e derogatoria della disciplina introdotta dall'art. 36, che ne impedisce l'applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, principio già ribadito dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 4 e 5 del 2025 con riguardo alle disposizioni che fissano oneri decadenziali e cause di inammissibilità, le quali, in quanto precetti a carattere eccezionale, devono essere formulate in modo tassativo e soggiacciono a interpretazione ancorata al dato testuale;
c) la correlazione tra esigenze di celerità processuale e rispetto dei doveri amministrativi di trasparenza e pubblicità, che impone alla Stazione Appaltante di adempiere agli obblighi normativi affinché il meccanismo speciale possa operare;
d) la necessità di coordinare i tempi del giudizio sull'accesso con quello relativo all'aggiudicazione, stante il presupposto unitario dato dalla contestuale comunicazione digitale dell'aggiudicazione e delle decisioni sull'oscuramento.

La Plenaria ha altresì precisato che tale soluzione appare maggiormente compatibile con il diritto di difesa e con il principio di fiducia, realizzando un equo bilanciamento tra comportamenti virtuosi delle P.A. e riduzione del termine decadenziale di ricorso. È questo un passaggio di notevole rilievo sistematico: la Plenaria chiarisce che solo le inosservanze "sostanziali" degli obblighi informativi determinano la riespansione del rito ordinario ex art. 116 c.p.a., mentre le mere imperfezioni formali che non impediscano al concorrente di comprendere appieno la portata della decisione lesiva della sua sfera giuridica restano prive di effetti sul regime processuale applicabile. La distinzione tra inadempimento sostanziale e imperfezione formale, pur apprezzabile nell'ottica del contemperamento tra celerità e difesa, lascia tuttavia aperto l'interrogativo su quali criteri debbano guidare, in concreto, tale valutazione da parte del giudice.

Conseguentemente, in risposta al primo quesito, l'Adunanza ha sancito il principio di diritto secondo il quale il rito speciale di cui all'art. 36, comma 4, opera esclusivamente "*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. In caso di inosservanza sostanziale di detti obblighi, si rispande la*

disciplina del rito dell'accesso di cui all'articolo 116 del codice del processo amministrativo".

Merita segnalazione, altresì, il passaggio della motivazione relativo all'ipotesi in cui l'istanza di accesso abbia un oggetto più ampio rispetto alla mera ostensione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario. In tale evenienza, la Plenaria ha ritenuto che il provvedimento reso in esito all'istanza debba essere qualificato come atto unitario, soggetto al solo rito ordinario ex art. 116 c.p.a. per ragioni di concentrazione, onde evitare che il concorrente sia assoggettato a riti eterogenei, termini diversi e giudizi separati. Si tratta di una soluzione che, come si dirà oltre, non è esente da profili critici.

Con riferimento al secondo quesito, concernente la possibilità di ritenere sussistente una decisione implicita della P.A. in caso di mera pubblicazione dell'offerta oscurata, la Plenaria ha riconosciuto l'esistenza di tre indirizzi giurisprudenziali.
Secondo il primo (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2025, n. 474), la pubblicazione dell'offerta oscurata sarebbe equivalente ad una decisione implicita della Stazione Appaltante sull'oscuramento.
In base ad un secondo orientamento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2025, n. 5547; *id* 24 marzo 2025, n. 2384; 21 maggio 2026, n. 4105), ritenuto prevalente, l'eccezionalità dell'art. 36 impedirebbe di tenere in considerazione la fattispecie atipica in cui l'Amministrazione non abbia fornito una decisione espressa sull'oscuramento.
Infine, secondo un orientamento intermedio (Cons. Stato, Sez. IV, n. 237/2025), la pubblicazione dell'offerta oscurata unitamente alla richiesta di segretazione, motivata e documentata, costituirebbe, in ossequio alla teoria del provvedimento implicito, un'implicita adesione all'istanza di oscuramento, senza necessità di ulteriore esternazione delle ragioni dell'oscuramento.

Orbene, l'Adunanza ha aderito al secondo orientamento dando rilievo preminente al dato letterale della norma.
L'espressione "*dà atto delle decisioni*" indica infatti, secondo la Plenaria, la necessità di assumere un provvedimento espresso quale atto autonomo e aggiuntivo rispetto all'offerta oscurata; inoltre, l'uso del termine "*decisione*" evidenzia che si tratta di un atto discrezionale, frutto di una comparazione tra interessi in conflitto.
Su tale profilo, la Plenaria valorizza il recente arresto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IX, 10 giugno 2025, C-686/24 (Nidec Asi SpA), secondo cui gli enti aggiudicatori debbono svolgere, in sede di esame delle richieste di oscuramento, un'opera di bilanciamento concreto tra il diritto di accesso difensivo e la tutela dei segreti tecnici e commerciali, senza seguire logiche di prevalenza aprioristica. Tale bilanciamento, configurandosi come espressione di discrezionalità amministrativa riservata, implica che la decisione

sull'oscuramento non possa essere sostituita dal mero risultato materiale della pubblicazione parziale, ma richieda un atto valutativo specifico ed esplicito. Dalla premessa della sussistenza di tale riserva amministrativa, la giurisprudenza successiva ha altresì tratto il corollario per cui la sentenza di accoglimento del ricorso avverso il diniego di accesso non può tradursi nell'imposizione di un obbligo puntuale di consentire l'ostensione, incompatibile con i limiti posti dagli articoli 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c), c.p.a., ma deve disporre un remand all'Amministrazione, alla quale compete ogni valutazione in ordine alla prevalenza dell'uno o dell'altro interesse (Cons. Stato, Sez. V, nn. 2332/2026, 10430/2025, 9444/2025 e 9573/2025; Sez. V, n. 4104/2026).

La Plenaria ha poi precisato che non può ritenersi sussistente una decisione sull'oscuramento nemmeno nell'ipotesi di esternazione della richiesta di oscuramento, non essendo configurabile un silenzio significativo in ragione del carattere discrezionale del potere, essendo necessario uno specifico ed espresso esame dell'istanza.

Ad ulteriore conferma della correttezza del proprio ragionamento l'Adunanza ha poi ribadito che le disposizioni che fissano oneri decadenziali, in quanto eccezionali, sono soggette a interpretazione strettamente letterale e che l'art. 36 è una disposizione derogatoria rispetto al rito già accelerato dell'art. 116 cpa, in quanto tale non suscettibile di applicazione analogica. Quindi, ad avviso dell'Adunanza, la mancata esternazione di una determinazione non opera sul piano della mera legittimità, ma impedisce che risultino integrati i presupposti per il rito super-accelerato.

A maggior conforto la Plenaria ha affermato inoltre che la semplice conoscenza dell'offerta oscurata e della richiesta di oscuramento "*non consente all'interessato di individuare, con la chiarezza imposta dalla legge, l'effettivo esercizio del potere amministrativo e, a maggior ragione, di ricostruire le ragioni della limitazione e il percorso valutativo che l'ha determinata*" con il rischio che, ragionando al contrario, si finisca *"per trasferire sul concorrente l'onere di impugnare una decisione non espressa, non motivata e forse neppure effettivamente adottata, con il rischio di trasformare l'inerzia o l'adempimento incompleto della stazione appaltante in un fattore di decadenza processuale*".

L'Adunanza ha infine richiamato a sostegno della propria tesi il principio di effettività della tutela giurisdizionale di matrice eurounitaria, sostenendo di dover escludere sulla base di tale principio che da un comportamento inerte, intrinsecamente ambiguo, il destinatario possa "*percepire, con il necessario grado di certezza, l'esistenza, la consistenza e l'ingiustizia della lesione della propria sfera giuridica*". A tale riguardo, la Plenaria richiama la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui i termini di decadenza per l'esercizio delle azioni devono essere sufficientemente chiari, prevedibili e ancorati a un momento in cui l'operatore economico sia posto nell'effettiva condizione di conoscere gli elementi essenziali della concreta violazione (Corte di Giustizia UE, Sez. III, 8 maggio 2014, C-161/13, Idrodinamica Spurgo Velox; Sez. III, 15 settembre 2016, C-439/14 e C-488/14).

Alla luce di tali considerazioni, in risposta al secondo quesito, la Plenaria è giunta dunque ad affermare il seguente principio di diritto:
"*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*".

Ciò premesso, la pur pregevole sentenza in commento, a sommesso avviso di chi scrive, si presta ad alcune riflessioni critiche.

Quanto alla soluzione data dalla Plenaria al primo quesito, subordinare l'operatività del rito super-accelerato al rispetto integrale degli obblighi di comunicazione contestuale da parte della Stazione Appaltante significa, in concreto, consegnare alla condotta - virtuosa o negligente - dell'Amministrazione la scelta del rito processuale applicabile e ciò non pare coerente con il fondamentale principio secondo il quale la scelta del rito non può essere rimessa alla decisione di una delle parti.
Ragioni di logicità e coerenza del sistema, oltre che di certezza del diritto, avrebbero quindi dovuto condurre ad applicare alla medesima fattispecie il medesimo rito (ovvero quello speciale ex art. 36 D.Lgs. 36/2023), distinguendo solo il *dies a quo* del termine per proporre il ricorso in ragione del momento in cui è avvenuta l'effettiva conoscenza delle ragioni che hanno giustificato l'oscuramento.
Non può trascurarsi, inoltre, che la stessa Plenaria – pur aderendo alla tesi della riespansione del rito ordinario – ha temperato tale soluzione introducendo la distinzione tra inadempimenti "sostanziali" e mere "imperfezioni formali", rimettendo di fatto al giudice la valutazione caso per caso della soglia di rilevanza dell'inadempimento. Tale impostazione, lungi dall'assicurare la certezza del diritto invocata a fondamento della decisione, rischia di generare una nuova stagione di incertezza applicativa, nella quale la determinazione del rito dipenderà non più dalla condotta virtuale della stazione appaltante, ma dal giudizio prognostico del giudicante sulla gravità dell'inadempimento.

Non può poi sottacersi il fatto che l'interpretazione letterale, sulla quale fa leva la Plenaria, non è un criterio interpretativo insuperabile, considerato che l'interpretazione teleologica e sistematica può assumere rilievo prevalente nell'ipotesi in cui l'effetto giuridico risultante dalla lettera della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo (Cassazione civile sez. I, 6/04/2001, n. 5128; Cassazione civile sez. III, 4/10/2018, n. 24165). In altri termini, la Plenaria, dando rilievo al solo dato testuale, giunge al risultato sistematicamente problematico che ogni singola situazione deve essere valutata singolarmente al

fine di determinare il rito applicabile, con conseguente grave violazione del principio di certezza del diritto e compromissione dell'intento acceleratorio sotteso alla norma.

Una soluzione sistematicamente più coerente avrebbe quindi potuto essere quella di mantenere il rito super-accelerato anche nei casi "atipici", semplicemente spostando in avanti il *dies a* quo dall'effettiva conoscenza della decisione di oscuramento, perché tale soluzione avrebbe tutelato l'esigenza di celerità senza sacrificare le garanzie difensive e senza far dipendere il regime processuale applicabile dalla condotta dell'Amministrazione, evitando inoltre la frammentazione del rito.

Un'ulteriore criticità della pronuncia in esame è poi ravvisabile nel passaggio motivazionale in cui la Plenaria affronta l'ipotesi dell'istanza di accesso con oggetto più ampio rispetto alla mera ostensione integrale dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario.
In tal caso l'Adunanza ritiene che il provvedimento assunto in esito all'istanza, per ragioni di concentrazione, dovrebbe essere considerato come unitario e soggetto al solo rito ordinario ex art. 116 c.p.a.
Tuttavia, l'Amministrazione ben può adottare un provvedimento a contenuto plurimo, con conseguente autonomia funzionale e lesiva della determinazione sull'oscuramento, che l'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 isola normativamente come oggetto di disciplina speciale e che non può essere derogata per mere ragioni di concentrazione.
Il rischio concreto è dunque che, nella prassi, la quasi costante ampiezza delle istanze di accesso nelle procedure di gara finisca per ridurre il rito super-accelerato a un'eccezione rarissima, in palese contrasto con la *ratio* acceleratoria sottesa all'art. 36.
In tale prospettiva, sarebbe stato preferibile che la Plenaria distinguesse, all'interno dell'istanza di accesso ad oggetto composito, la componente relativa alle decisioni di oscuramento – assoggettabile al rito super-accelerato, con autonoma decorrenza del termine – dalle ulteriori richieste ostensive, da trattare con il rito ordinario, ammettendo così una parziale applicazione del rito speciale secondo il principio di scissione contenutistica, pur nel rispetto delle esigenze di concentrazione del giudizio.

Per quanto riguarda invece la risposta fornita dalla Plenaria al secondo quesito, l'esclusione di ogni rilevanza alla c.d. decisione implicita di oscuramento si rivela una posizione eccessivamente formalistica laddove si verifichino le condizioni che rendono inequivoca la natura e la portata dell'oscuramento.
Va innanzitutto premesso, sul piano dei principi generali, che la configurabilità di un provvedimento amministrativo implicito non è un'eccezione anomala nell'ordinamento, ma una categoria riconosciuta che presuppone la compresenza di elementi ben identificati: la competenza dell'organo, la preesistenza di

un'istanza e soprattutto un collegamento biunivoco e non equivoco tra la condotta materiale tenuta e il contenuto volitivo che da essa si ricava.
Ebbene, tali elementi ricorrono pienamente nell'ipotesi in cui la Stazione Appaltante pubblichi sulla piattaforma digitale l'offerta tecnica già recante gli oscuramenti richiesti, contestualmente rendendo accessibile la dichiarazione di segretazione presentata dall'aggiudicatario.
In tal caso l'Amministrazione, attraverso un comportamento concludente, manifesta infatti la volontà inequivoca di aderire alla richiesta di segretazione.
Tale comportamento non può quindi essere assimilato ad una mera inerzia o a un'omissione.
La Plenaria invece trae dall'assenza di un provvedimento espresso la conseguenza dell'inesistenza stessa della determinazione amministrativa, che invece, come detto, può essere anche implicita.
In tal modo l'Adunanza pare dunque sovrapporre due piani che dovrebbero restare nettamente distinti: la questione dell'esistenza giuridica del provvedimento implicito, che dipende dalla univocità del comportamento concludente e la questione della sua legittimità, che attiene alla sufficienza della motivazione. In altri termini, un provvedimento può essere implicito ma illegittimo, ove la motivazione *per relationem* risulti generica o insufficiente: ma ciò attiene appunto alla sua legittimità, non alla sua esistenza.
Senza contare che imporre in ogni caso alla Stazione Appaltante un provvedimento espresso costituisce un aggravamento procedimentale privo di reale giustificazione sul piano della tutela difensiva.
Nemmeno appare del tutto persuasiva la valorizzazione, da parte della Plenaria, del requisito della "completezza informativa" in ordine al percorso valutativo dell'Amministrazione. Se è vero che la mera pubblicazione dell'offerta oscurata non consente di ricostruire le ragioni del bilanciamento, la pubblicazione congiunta dell'offerta e della richiesta motivata di segretazione fornisce già un quadro informativo sufficientemente definito da consentire all'operatore interessato di valutare l'opportunità dell'impugnazione, senza necessità di un'ulteriore esternazione provvedimentale ad hoc. La distinzione tra esistenza del provvedimento implicito e adeguatezza della sua motivazione avrebbe consentito, in tale ipotesi, di riconoscere la decorrenza del termine pur rimettendo al giudice la verifica della legittimità sostanziale della decisione.

Alla luce di quanto sopra, la Plenaria avrebbe potuto più coerentemente riconoscere la configurabilità del provvedimento implicito di oscuramento nei soli casi in cui la pubblicazione congiunta dell'offerta oscurata e dell'istanza di segretazione rendesse univocamente percepibili il potere esercitato e le ragioni poste a fondamento della limitazione dell'accesso, rimettendo al sindacato giurisdizionale la verifica della sufficienza motivazionale assunta *per relationem.*

In conclusione, la pronuncia in commento non è esente da criticità e non costituisce l'unica interpretazione sistematicamente sostenibile.

Le soluzioni adottate, pur garantendo certezza formale e tutela del diritto di difesa, rischiano di indebolire strutturalmente la portata applicativa del rito super-accelerato, relegandolo a un ambito di operatività residuale dipendente dalla "virtù" della stazione appaltante e dalla complessiva architettura dell'istanza di accesso. Il risultato finale potrebbe essere quello di una progressiva marginalizzazione dello strumento processuale che il legislatore del 2023 aveva inteso porre al centro del sistema di deflazione del contenzioso in materia di contratti pubblici.
Saranno dunque la prassi delle stazioni appaltanti e il contenzioso successivo a rivelare se la soluzione adottata dalla Plenaria sia in grado di reggere alla prova dei casi concreti o se dovrà essere oggetto di ulteriore riflessione giurisprudenziale.

Avv. Sara Vidale