



Alessandro Pizzato, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

*per l'annullamento*

*quanto al ricorso introduttivo:*

- della determina n. 105 del 31 ottobre 2023, comunicata alla ricorrente in pari data, con la quale lo Stato maggiore dell'Esercito ha disposto, in favore di [REDACTED], l'aggiudicazione del lotto 1 della gara indetta per la fornitura di barriere difensive modulari per impiego militare, essenziali per soddisfare le esigenze di sistemi di difesa passiva delle unità operanti nei teatri operativi e delle unità del genio nelle operazioni di bonifica da ordigni bellici sul territorio nazionale;

- di tutti gli atti presupposti, connessi, conseguenti e allegati alla determina di cui sopra o in essa citati, tra cui il verbale n. 363 del 20 ottobre 2023, avente ad oggetto la *“ricognizione della documentazione amministrativa e delle offerte economiche presentate dagli operatori economici”*;

- in via subordinata e laddove necessario, nei sensi ed entro i limiti di cui al primo motivo di ricorso, dei paragrafi 10 (e sottoparagrafo 10.3), 11, 18, 28 e 29 del disciplinare di gara, nonché dei paragrafi 7 e 8 del capitolato tecnico, e di ogni altra previsione della legge di gara, qualora interpretati nel senso di consentire all'Amministrazione di differire a un momento successivo all'aggiudicazione della gara la verifica del requisito inerente alla capacità di fornire barriere difensive conformi a quelle richieste dalla legge di gara e di ammettere l'aggiudicazione nell'ipotesi di fornitura di prodotti non conformi a quelli richiesti;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more, con espressa disponibilità della ricorrente al subentro in detto contratto;

*quanto al ricorso incidentale depositato da [REDACTED] il 29 dicembre 2023, per l'annullamento:*

- dei verbali della Commissione di gara relativi alla fase di prequalifica, e in

particolare del verbale della seconda seduta in data 11 maggio 2023, della terza seduta in data 9 giugno 2023 e della quarta seduta in data “14 (tredici) del mese di luglio” 2023, nonché del verbale di ricognizione delle domande di partecipazione n. 319 del 14 luglio 2023, nella parte in cui non hanno disposto l’esclusione di [REDACTED] dalla prima fase della gara e hanno determinato l’ammissione della stessa alla seconda fase per il lotto 1, ritenendo comprovato il requisito tecnico-professionale relativo al fatturato minimo specifico; nonché della lettera di invito del 25 luglio 2023, con la quale la ricorrente è stata invitata a partecipare alla seconda fase della procedura;

- dei verbali della Commissione di gara relativi alla seconda fase della procedura, e in particolare del verbale della prima seduta in data 27 settembre 2023, nella parte in cui non ha escluso [REDACTED], bensì ha attivato il soccorso istruttorio per consentire alla stessa di integrare la firma sull’offerta economica, e il verbale della seconda seduta in data 20 ottobre 2023, nonché il verbale di ricognizione della documentazione amministrativa e delle offerte dei concorrenti n. 363 del 20 ottobre 2023, nella parte in cui ha ritenuto sanate le carenze dell’offerta della società ricorrente e ha stilato la graduatoria finale includendovi [REDACTED] [REDACTED];

- della determina n. 105 del 31 ottobre 2023, limitatamente alla parte in cui prende atto dell’attività della Commissione di gara relativa alla ammissione e alla collocazione in graduatoria della ricorrente [REDACTED];

- di ogni altro atto che ha ammesso la ricorrente alla procedura selettiva o ne ha valutato l’offerta o l’ha collocata in graduatoria, tra cui, per quanto occorra e per mero scrupolo, *in parte qua*, dell’articolo 16 del disciplinare di gara;

*quanto ai motivi aggiunti depositati da [REDACTED] il 5 gennaio 2024, per l’annullamento:*

- sotto gli ulteriori profili emersi a seguito dell’accesso agli atti, dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo, tra cui, in particolare, la determina n. 105 del 31 ottobre 2023, comunicata alla ricorrente in pari data, con la quale lo Stato

maggiore dell'Esercito ha disposto, in favore di [REDACTED],  
l'aggiudicazione del lotto 1 della gara;

- del verbale n. 319 del 14 luglio 2023, recante le attività di "*ricognizione delle domande di partecipazione pervenute*" e della lettera di invito, sottoscritta digitalmente in data 25 luglio 2023, con la quale [REDACTED] è stata invitata a partecipare alla "*2^ Fase - Presentazione della documentazione amministrativa e dell'offerta economica*";

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more, con espressa richiesta della ricorrente di subentrare in detto contratto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di [REDACTED] e del Ministero della difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2024 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 30 novembre 2023 e depositato il successivo 14 dicembre, [REDACTED] (di seguito anche [REDACTED]) ha impugnato principalmente la determina dello Stato maggiore dell'Esercito n. 105 del 31 ottobre 2023, recante l'aggiudicazione in favore di [REDACTED] (di seguito anche [REDACTED]) della gara avente a oggetto la fornitura di "*barriere difensive modulari per impiego militare essenziali per soddisfare le esigenze di sistemi di difesa passiva delle unità operanti nei teatri operativi e delle unità del genio nelle operazioni di bonifica da ordigni bellici sul territorio nazionale*".

2. Secondo quanto risulta agli atti del giudizio, con bando pubblicato sulla Gazzetta

Ufficiale dell'Unione Europea n. S 35 del 17 febbraio 2023 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 5<sup>a</sup> Serie speciale, n. 23 del 24 febbraio 2023, lo Stato maggiore dell'Esercito ha indetto una gara a procedura ristretta, in modalità *application service provider* (ASP) di Consip s.p.a., per la stipula di un accordo quadro di durata quinquennale, articolata in due lotti, aventi ad oggetto l'approvvigionamento, rispettivamente: (i) di *“barriere difensive modulari per impiego militare essenziali per soddisfare le esigenze di sistemi di difesa passiva delle unità operanti nei teatri operativi e delle unità del genio nelle operazioni di bonifica da ordigni bellici sul territorio nazionale”* – lotto 1; (ii) di *“concertina zincata a lame per impiego militare per soddisfare le esigenze di sistemi di difesa passiva delle unità operanti nei teatri operativi”* – lotto 2.

La presente controversia riguarda esclusivamente il lotto 1, CIG 9648376BBE, avente un valore stimato di euro 14.000.00,00 IVA inclusa o non imponibile (§ 6 del disciplinare di gara).

Il disciplinare di gara prevede l'articolazione della procedura in due fasi, ossia:

- una prima fase, di prequalifica, *“mediante la quale saranno individuati gli Operatori Economici che, in possesso di determinati requisiti economico e finanziari e tecnico-professionali, avranno presentato domanda di partecipazione alla gara”* (§ 1 del disciplinare);
- una seconda fase, *“attraverso la quale gli Operatori Economici, ad avvenuto superamento della precedente 1<sup>a</sup> fase di prequalifica ed invitati a presentare offerta all'Amministrazione Difesa (A.D.), avranno presentato specifica offerta per uno ovvero per entrambi i Lotti previsti dalla presente procedura”* (così ancora il § 1 del disciplinare).

Ai fini dell'aggiudicazione della gara, il bando indica il criterio del prezzo più basso.

Per quanto qui rileva, il disciplinare prevede, relativamente ai requisiti di capacità tecnica e professionale, che *“Nella 1<sup>a</sup> fase di prequalifica, l'Operatore Economico concorrente dovrà presentare una specifica dichiarazione (...) mediante la quale*

*deve: (...) c) aver raggiunto un fatturato “specifico” minimo annuo, nei confronti della Pubblica Amministrazione), per le forniture analoghe previste dai Lotti di cui alla presente procedura - riferito agli ultimi 3 esercizi finanziari (2019-2020-2021), di importo non inferiore a: - € 350.000,00 annui IVA esclusa per il Lotto n. 1 (...) A tal proposito, la dimostrazione del possesso del fatturato specifico dovrà essere accompagnata dall’indicazione dei principali clienti pubblici con relativi importi presso i quali sono state effettuate le forniture. Qualora l’operatore economico dichiarerà di avere subito una riduzione del fatturato specifico negli anni 2020-2021 per cause connesse all’emergenza Covid-19, questa Stazione Appaltante potrà anche non tenere conto del dato riferito agli anni 2020-2021; in tale caso, verrà presa in considerazione la prova relativa al fatturato specifico riferito al triennio 2017-2018-2019” (§ 10.3 del disciplinare).*

3. Scaduto il termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, risultavano le candidature di cinque operatori.

Si è svolta quindi la prima fase della procedura, finalizzata alla prequalifica dei concorrenti, nell’ambito della quale è stato attivato il soccorso istruttorio nei confronti di diversi operatori, tra i quali la ricorrente [REDACTED] e la controinteressata [REDACTED], entrambe interpellate con riguardo alla dimostrazione del requisito del fatturato specifico.

All’esito delle interlocuzioni con i concorrenti, la Commissione di valutazione della documentazione amministrativa relativa alla prima fase ha disposto l’ammissione al prosieguo della procedura unicamente delle predette [REDACTED] e [REDACTED], escludendo invece gli altri tre operatori che avevano presentato domanda di partecipazione.

Le imprese ammesse sono state quindi invitate a presentare le proprie offerte economiche, che sono state esaminate dalla Commissione di gara appositamente nominata.

Concludendo i propri lavori nella seduta del 20 ottobre 2023, la predetta

Commissione ha individuato [REDACTED] quale migliore offerente per il lotto 1, con un ribasso del 45,55 per cento, a fronte del ribasso del 32,55 per cento offerto dall'altra concorrente [REDACTED].

L'aggiudicazione è stata poi disposta, conformemente alla proposta della Commissione, con la determina del Capo Ufficio generale del Centro di responsabilità amministrativa Esercito italiano n. 105 del 31 ottobre 2023. Nella medesima data il predetto esito è stato comunicato ai due concorrenti in gara.

Il 21 novembre 2023 [REDACTED] ha presentato un'istanza di accesso agli atti, con la quale ha chiesto l'esibizione: (i) di tutti i verbali, anche relativi alla prima fase di prequalifica; (ii) della documentazione amministrativa e dell'offerta integrale dell'aggiudicataria, nonché della documentazione presentata da quest'ultima al fine di comprovare i requisiti dichiarati; (iii) di ogni eventuale e ulteriore atto istruttorio della Commissione di gara e dell'Amministrazione aggiudicatrice e di ogni eventuale comunicazione intercorsa tra l'Amministrazione e l'aggiudicataria, prodromica all'ammissione alla procedura e al perfezionamento dell'aggiudicazione.

Il 27 novembre 2023 l'istanza è stata trasmessa dall'Amministrazione alla controinteressata [REDACTED], alla quale è stato assegnato il termine di dieci giorni per presentare un'eventuale motivata opposizione, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n. 184.

4. Pendente l'*iter* per l'accesso, il 30 novembre 2023 [REDACTED] ha notificato il ricorso introduttivo del presente giudizio, affidato a un unico articolato motivo, con il quale sono stati dedotti la violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico, la mancata esclusione dell'offerta aggiudicataria per violazione dell'articolo 86 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché il vizio di eccesso di potere per carenza di istruttoria, manifesta irragionevolezza e contraddittorietà.

La ricorrente ha allegato che, pur essendo ancora in attesa di esaminare le caratteristiche dei prodotti offerti in gara, vi sarebbero fondate ragioni per ritenere

che l'aggiudicataria non sia in grado di fornire effettivamente barriere difensive conformi ai requisiti tecnici minimi stabiliti dalla legge di gara. Ciò in quanto i prodotti richiesti presenterebbero un contenuto tecnologico e altamente innovativo, mentre la società controinteressata risulterebbe attiva, in base ai codici ATECO rilevabili dalla visura camerale, nel commercio all'ingrosso di parti e accessori di autoveicoli, nel commercio di articoli antinfortunistici e antincendio, nonché nel noleggio di biciclette e di autoveicoli leggeri.

Se ne ricaverebbe che l'operatore non fabbrica i prodotti oggetto della gara.

In senso contrario non deporrebbe la circostanza che [REDACTED] abbia di recente esteso le proprie attività anche al settore militare, perché da tale dato non potrebbe desumersi l'attivazione di una linea di produzione delle barriere difensive oggetto dell'appalto, né si evincerebbe, comunque, la capacità di progettazione e fabbricazione di tali prodotti.

In questa prospettiva, la ricorrente ha sostenuto che la Stazione appaltante avrebbe dovuto accertare in modo puntuale che l'operatore partecipante alla gara fosse effettivamente in grado di assicurare una fornitura conforme agli specifici requisiti tecnici prescritti dalla *lex specialis* della procedura. Tale valutazione non avrebbe potuto essere rimandata alla fase di esecuzione della commessa, poiché sarebbe irragionevole ipotizzare che l'Amministrazione, dopo aver richiesto agli operatori di attestare la capacità di fornire barriere difensive conformi alle specifiche tecniche indicate, rinviasse ogni verifica sul punto a un momento successivo alla consegna dei prodotti.

Ove tale differimento fosse ritenuto ricavabile dalla disciplina di gara, la stessa sarebbe, a sua volta, illegittima, poiché sarebbe irragionevole consentire a un operatore di rendersi aggiudicatario della procedura, nonostante l'offerta di un prodotto non conforme ai requisiti prescritti. D'altro canto, ove a tale operatore fosse consentito di porre rimedio alla difformità in fase esecutiva, sarebbe violato il principio di *par condicio* tra i concorrenti.

5. A seguito del deposito del ricorso, si sono costituiti in giudizio il Ministero della difesa e la controinteressata [REDACTED].

6. Quest'ultima ha proposto un ricorso incidentale, depositato il 29 dicembre 2023, con il quale ha lamentato la mancata esclusione di [REDACTED], allegando quanto di seguito esposto.

I) La ricorrente principale non sarebbe in possesso del requisito tecnico-professionale del fatturato minimo specifico annuo non inferiore a euro 350.000,00 per forniture analoghe nei confronti della pubblica amministrazione nel triennio 2019-2021.

[REDACTED] avrebbe infatti presentato, unitamente alla propria offerta, al fine di comprovare il predetto requisito, una dichiarazione non corrispondente a quanto richiesto dalla *lex specialis* della procedura, atteso che: (i) non erano specificati i fatturati delle singole annualità prese a riferimento; (ii) venivano riportate forniture eseguite anche da soggetti diversi rispetto all'operatore concorrente; (iii) venivano indicati i principali clienti pubblici – alcuni dei quali diversi da quelli elencati nel documento di gara unico europeo (DGUE) – omettendo di specificare la natura e gli importi delle relative forniture.

A seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della Commissione, la concorrente avrebbe trasmesso una nuova tabella, recante non semplicemente la specificazione dei dati già dichiarati in precedenza, bensì anche clienti e forniture che non figuravano né nel DGUE, né nella prima dichiarazione finalizzata a comprovare il requisito di capacità tecnica e professionale.

Uno di tali nuovi clienti indicati sarebbe costituito, inoltre, da una società commerciale privata, e non da una pubblica amministrazione, come richiesto dalla disciplina di gara. L'importo della relativa fornitura, pari a euro 47.150,00, non avrebbe potuto, pertanto, essere computato al fine di dimostrare il requisito e, decurtando la predetta somma dal totale dichiarato delle forniture analoghe, emergerebbe il mancato raggiungimento del fatturato annuo specifico minimo di euro 350.000,00 per l'anno 2021.

II) In sede di partecipazione alla gara, [REDACTED] avrebbe dichiarato soltanto due clienti pubblici per il 2021: la NATO (indicata nel DGUE e nella dichiarazione del 27 marzo 2023) e il 32° Reggimento Genio guastatori (indicato nella dichiarazione del 27 marzo 2023).

Dalla tabella allegata alla seconda dichiarazione dell'operatore, prodotta a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, si evincerebbe che le forniture nei confronti dei predetti due soggetti ammontavano, per il 2021, a euro 184.757,00, ossia a una somma molto inferiore rispetto al fatturato minimo richiesto di euro 350.000,00. Avvedutasi di non poter dimostrare il possesso del requisito unicamente mediante tali prestazioni, la concorrente avrebbe presentato, in sede di soccorso istruttorio, una tabella delle forniture effettuate del tutto diversa rispetto alle dichiarazioni rese al momento della partecipazione alla gara, essendo stati inseriti nuovi clienti ed eliminati altri, in modo da far figurare comunque il raggiungimento della soglia minima di fatturato specifico.

L'attivazione stessa del soccorso istruttorio sarebbe, tuttavia, illegittima con riguardo al mancato possesso dei requisiti di partecipazione.

In ogni caso, l'operazione di integrazione e modificazione di quanto inizialmente dichiarato, compiuta da [REDACTED], esulerebbe dal perimetro del soccorso istruttorio e sarebbe in radice inammissibile, tanto da determinare necessariamente l'esclusione dalla gara.

III) In subordine, rileverebbe la circostanza che la concorrente non avrebbe fornito neppure un principio di prova sulla circostanza che le forniture dichiarate ai fini del fatturato minimo specifico siano analoghe a quelle oggetto dell'appalto.

In particolare, con riguardo agli ulteriori tre clienti indicati, per il 2021, nella dichiarazione integrativa, prodotta a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, non sarebbe stato neppure indicato l'oggetto della fornitura, né la Commissione avrebbe svolto alcun approfondimento sul punto.

IV) Una volta ammessa alla seconda fase della procedura, [REDACTED]

avrebbe presentato un'offerta sottoscritta da un soggetto non legittimato e, per questa ragione, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

L'articolo 18 del disciplinare prescrive, infatti, a pena di esclusione, la sottoscrizione dell'offerta economica e del patto d'integrità. Nel caso in esame, la predetta documentazione sarebbe stata sottoscritta dal solo Amministratore delegato, che però avrebbe avuto il potere di agire unicamente per operazioni di valore non superiore a 2 milioni, mentre per importi superiori sarebbe stata richiesta la firma congiunta di almeno un altro membro del Consiglio di amministratore. Rilevata la predetta carenza, la Commissione di gara ha disposto l'attivazione del soccorso istruttorio e l'operatore ha trasmesso un nuovo documento di offerta economica – ritenuto ammissibile dalla Stazione appaltante – sottoscritto congiuntamente dall'Amministratore delegato e da un altro membro del Consiglio di amministrazione.

L'operato della Commissione di gara sarebbe, tuttavia, censurabile, sia in quanto il soccorso istruttorio non avrebbe potuto essere disposto al fine di regolarizzare l'offerta economica, sia perché il documento trasmesso da [REDACTED], consistendo in una nuova manifestazione di volontà resa da soggetti non coincidenti con l'autore della prima offerta, sarebbe da qualificare come un'offerta economica nuova e, come tale, presentata tardivamente.

Sotto altro profilo, la concorrente non avrebbe comunque ottemperato correttamente alla richiesta della Commissione di gara, essendo stata prodotta soltanto l'offerta economica debitamente sottoscritta, senza provvedere allo stesso modo anche per il patto d'integrità.

Al riguardo, dovrebbe pure tenersi presente che, in ogni caso, l'inottemperanza a quanto richiesto dalla Commissione sarebbe insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'articolo 16 del disciplinare di gara, perché quest'ultima disposizione prevede la possibilità di domandare ulteriori precisazioni o chiarimenti a seguito del riscontro fornito dall'operatore all'avvio del soccorso istruttorio, mentre nel caso in esame un'eventuale sanatoria della mancata produzione, anche all'esito della richiesta

della Commissione, del patto d'integrità debitamente sottoscritto dai soggetti in grado di impegnare la società avrebbe richiesto una vera e propria ulteriore integrazione della documentazione già presentata.

D'altro canto, l'articolo 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 prevede l'esclusione dalla gara in caso di inottemperanza nei termini alle richieste formulate dalla Stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio. Conseguentemente, ove pure si volesse interpretare l'articolo 16 del disciplinare di gara nel senso di consentire l'assegnazione al concorrente di un ulteriore termine per produrre documenti, non tempestivamente esibiti a seguito della richiesta dell'Amministrazione, tale previsione sarebbe, a sua volta, illegittima.

7. Ottenuto il 13 dicembre 2023 l'accesso agli atti, la ricorrente principale [REDACTED] [REDACTED] ha proposto motivi aggiunti, notificati e depositati il 5 gennaio 2024, con i quali ha sostenuto che [REDACTED] dovesse essere esclusa dalla gara, per carenza del requisito del fatturato specifico richiesto.

La parte ha dedotto quanto di seguito esposto.

I) Sarebbe stato violato il paragrafo 10.3, lett. c), del disciplinare di gara, in quanto le forniture pregresse indicate dall'aggiudicataria non sarebbero né qualificabili come "analoghe" a quelle oggetto di affidamento, considerate singolarmente, né complessivamente idonee ad attestare la capacità dell'operatore economico di fornire barriere difensive modulari da impiegare a specifici fini militari.

Più in dettaglio, [REDACTED] non avrebbe prodotto alcuna fattura relativa alla fornitura di barriere e, in particolare, di barriere difensive militari, ma avrebbe comprovato l'esecuzione di prestazioni per nulla attinenti all'oggetto della gara, quali:

- per l'anno 2021, la fornitura, in favore dell'Aeronautica militare – 3° Reparto Genio Bari Palese, di un "*sistema di telecontrollo computerizzato per impianto voli notturni*", ossia un software, consistente in un sistema virtuale e telematico per il controllo di tali voli: decurtando il valore della prestazione (euro 35.900,00) dal

computo del fatturato specifico, emergerebbe il mancato raggiungimento della soglia minima di euro 350.000,00 per l'anno di riferimento;

- per l'anno 2020, la fornitura, in favore del Dipartimento per la protezione civile presso la Regione Marche, di un mezzo polifunzionale 4x4 per la movimentazione di materiali nei campi, del valore di euro 160.630,00, e la fornitura di cuffie tattiche in favore della OCCAR EA (*Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement – Organisation for Joint Armament Cooperation*), del valore di euro 219.000,00: anche in questo caso si tratterebbe di forniture non qualificabili come analoghe e, sottraendo dal totale del fatturato specifico indicato per l'anno 2020 l'importo delle prestazioni contestate, non sarebbe comprovato il raggiungimento della soglia minima di valore richiesta.

D'altro canto, anche i beni oggetto delle altre forniture pregresse indicate dall'operatore economico non presenterebbero alcuna attinenza con l'oggetto della gara.

Prova ulteriore di tale dato sarebbe il fatto che i predetti beni sarebbero ricompresi in codici CPV (*common procurement vocabulary*) del tutto diversi da quelli indicati nel disciplinare di gara.

Peraltro, [REDACTED] non avrebbe dimostrato la fornitura di barriere difensive neppure nel triennio 2017-2019, al quale il disciplinare di gara consentiva di riferirsi in caso di riduzione del fatturato specifico negli anni 2020-2021 per cause connesse all'emergenza sanitaria allora in atto.

II) Dal verbale n. 319 del 14 luglio 2023, avente ad oggetto la ricognizione delle domande di partecipazione pervenute, risulterebbe che la Commissione di gara, successivamente all'esame di tali domande e della documentazione integrativa prodotta dagli operatori, avrebbe interpretato in senso sostanzialmente innovativo il requisito di capacità tecnica e professionale relativo al fatturato specifico.

Più in dettaglio, la Commissione avrebbe identificato il concetto di "fornitura analoga" con quello di "fornitura nel medesimo settore imprenditoriale", optando per una lettura del requisito non coerente con il paragrafo 10.1 del disciplinare di

gara, ove si richiede, quale requisito di idoneità professionale, l'iscrizione camerale o l'iscrizione nel registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato “*per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara*”.

Andando ancora oltre, la Commissione si sarebbe spinta a sostenere che il requisito del fatturato specifico dovrebbe coincidere con tutte le forniture di beni di tipo specialistico eseguite in favore della Difesa, pervenendo, per questa via, a convertire il concetto di “fornitura analoga” in quello di “cliente analogo”, con una inammissibile modificazione *ex post* della disciplina di gara.

Lo svolgimento di prestazioni analoghe nel medesimo settore non esimerebbe, infatti, dalla necessità di confrontare in concreto le prestazioni oggetto di affidamento e le prestazioni pregresse spese ai fini della partecipazione.

8. Il Ministero della difesa ha successivamente depositato una memoria, con la quale ha allegato l'infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio e dei motivi aggiunti, domandandone il rigetto.

9. Anche la controinteressata e ricorrente incidentale [REDACTED] ha depositato una memoria, con la quale ha sollevato, anzitutto, plurime eccezioni in rito, deducendo:

(i) l'inammissibilità del ricorso principale, in quanto [REDACTED], al fine di contestare la sussistenza dei requisiti di partecipazione di [REDACTED], avrebbe dovuto specificamente impugnare gli atti della prima fase della procedura, avente ad oggetto la prequalifica degli operatori e conclusasi con l'ammissione della stessa [REDACTED] alla seconda fase; l'impugnazione di tali atti non risulterebbe, tuttavia, dall'epigrafe del ricorso, il quale sarebbe, conseguentemente, inammissibile;

(ii) l'irricevibilità dei motivi aggiunti, in quanto tardivamente notificati, tenendo conto della tardività della presentazione dell'istanza di accesso agli atti da parte di [REDACTED], una volta avuta notizia dell'aggiudicazione;

(iii) l'inammissibilità e l'irricevibilità dei motivi aggiunti, in quanto la parte ha impugnato il verbale n. 319 del 14 luglio 2023 e la lettera di invito rivolta a [REDACTED] per la partecipazione alla seconda fase della procedura, i quali sono,

però, atti della prima fase della procedura, e come tali avrebbero dovuto essere impugnati immediatamente con il ricorso introduttivo del giudizio, che già conteneva la contestazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale in capo a [REDACTED], deducendo censure astrattamente riferibili ai predetti atti, peraltro puntualmente indicati nella determina di aggiudicazione.

Nel merito, [REDACTED] ha allegato l'infondatezza del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

10. [REDACTED] ha, a sua volta, depositato una memoria, con la quale ha controdedotto alle censure articolate dalla controinteressata nel ricorso incidentale.

11. La causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 17 gennaio 2024, in occasione della quale, a seguito della dichiarazione di rinuncia alla domanda cautelare da parte della difesa della ricorrente, il Collegio ha disposto la fissazione dell'udienza pubblica del 13 marzo 2024.

12. [REDACTED] e [REDACTED] hanno entrambe depositato ulteriori memorie e replicato alle produzioni avversarie.

13. All'udienza pubblica fissata la causa è stata trattenuta in decisione.

14. Il Collegio deve esaminare preliminarmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, sollevata da [REDACTED].

14.1. Come detto, la parte sostiene che, al fine di contestare la sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara dell'aggiudicataria, la ricorrente principale avrebbe dovuto specificamente impugnare gli atti della fase di prequalifica degli operatori, conosciuti a seguito dell'aggiudicazione e richiamati nel relativo provvedimento.

14.2. L'eccezione non può trovare accoglimento.

14.3. Al riguardo, deve tenersi presente che, in ossequio a *“(...) pacifici principi giurisprudenziali (...), nelle gare pubbliche, l'atto di aggiudicazione definitiva presenta una sua autonomia decisoria che lo rende l'unico atto della serie procedimentale dotato di specifica portata lesiva, con la conseguenza, che, ai fini della sua impugnazione, non rileva la mancata impugnazione dei precedenti atti*

*preparatori ed endoprocedimentali, privi di altrettanto autonoma valenza lesiva e provvedimentale” (Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2022, n. 3197, che conferma TAR Lazio, Sez. I Bis, 2 agosto 2021, n. 9140). E ciò in quanto, per costante giurisprudenza, non può “(...) proporsi impugnazione avverso atti endoprocedimentali in sé non pregiudizievoli, in un contesto nel quale la lesione promana piuttosto dal provvedimento d’aggiudicazione, e senz’altro non dai meri verbali di valutazione (o rivalutazione), attribuzione dei punteggi e di formulazione della graduatoria (cfr., nelle diverse prospettive e riguardo alle varie tipologie di atti endoprocedimentali relativi alla gara, inter multis, Cons. Stato, V, 28 giugno 2019, n. 4447; 17 settembre 2018, n. 5420; 18 luglio 2019, n. 5058; 18 ottobre 2018, n. 5958)” (Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2021, n. 3308).*

La circostanza che, nel caso oggetto di controversia, l’Amministrazione abbia previsto un’apposita prima fase della procedura, dedicata alla prequalifica degli operatori, non vale ad attribuire immediata valenza lesiva agli atti di tale fase, conclusasi con l’ammissione alla gara di ██████████, trattandosi pur sempre di atti endoprocedimentali e privi di rilevanza autonoma rispetto alla determinazione di aggiudicazione dell’appalto in favore della controinteressata. Come evidenziato dalla giurisprudenza, infatti, *“A seguito della riforma introdotta dal d.l. n. 32 del 2019, non vi è più un onere di immediata impugnazione delle ammissioni dei concorrenti ad una gara prima dell’aggiudicazione della stessa e, di conseguenza, non vi è più alcun margine di preclusione per l’impugnazione di tali profili legati alla fase di prequalifica in quella sede; profili che potranno dunque farsi valere successivamente, eventualmente in ragione del posizionamento dei concorrenti medesimi nella graduatoria finale della procedura, nell’intento di ottenere il bene della vita che è costituito dall’aggiudicazione e dalla stipula del contratto” (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2022, n. 5437).*

Conseguentemente, il provvedimento che la ricorrente aveva l’onere di impugnare era unicamente quello conclusivo di aggiudicazione della gara. La parte non era

invece tenuta, neppure in sede di ricorso avverso l'aggiudicazione, alla specifica impugnazione degli atti antecedenti a tale determinazione, di per se stessi privi di efficacia lesiva, ai quali far risalire la dedotta illegittimità dell'esito della procedura (TAR Lazio, Sez. I Bis, n. 9140 del 2021, cit.). In altri termini, come affermato in una fattispecie analoga, *“Avuto riguardo alla portata meramente endoprocedimentale del verbale della commissione di gara, la sua impugnazione non si rendeva (...) necessaria, neanche unitamente all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, essendo solo quest'ultimo atto dotato di efficacia lesiva, traslandosi i vizi degli atti precedenti – di carattere preparatorio – sul provvedimento di aggiudicazione recante l'approvazione di tutti gli atti della serie procedimentale”* (così ancora Cons. Stato, n. 3197 del 2022, cit.).

14.4. Ne consegue che il ricorso introduttivo del giudizio è ammissibile e deve essere scrutinato nel merito.

15. Venendo, quindi, all'esame del ricorso principale, il Collegio ne rileva l'infondatezza.

15.1. Come detto, la ricorrente deduce diffusamente che l'aggiudicataria non sarebbe in grado di fornire effettivamente barriere difensive conformi ai requisiti tecnici minimi richiesti dalla legge di gara.

Come sopra detto, la parte sostiene che:

- le barriere difensive oggetto della gara presenterebbero un contenuto tecnologico e altamente innovativo, secondo quanto sarebbe evincibile dalle specifiche tecniche indicate nel capitolato, mentre ██████████ risulterebbe attiva, in base ai codici ATECO rilevabili dalla visura camerale, in settori non pertinenti alla produzione dei beni richiesti; se ne dovrebbe dedurre che l'operatore non fabbrica i prodotti oggetto dell'appalto;
- la Stazione appaltante avrebbe dovuto accertare in modo puntuale, già in sede di ammissione alla gara, che l'operatore fosse effettivamente in grado di assicurare una fornitura conforme agli specifici requisiti tecnici prescritti dalla *lex specialis* della procedura, trattandosi di una valutazione non rimandabile alla fase di

esecuzione della commessa;

- ove il differimento alla fase esecutiva della verifica di conformità dei prodotti fosse ritenuto ricavabile dalla disciplina di gara, la stessa sarebbe, a sua volta, illegittima.

15.2. Le predette contestazioni sono prive di pregio, in quanto si risolvono nella mera e generica affermazione della presunta incapacità dell'aggiudicataria di produrre in proprio le barriere difensive oggetto dell'appalto, senza tenere conto del fatto che la gara attiene unicamente alla *fornitura* dei predetti beni, dei quali non è affatto richiesta la fabbricazione ad opera del fornitore.

Coerentemente con tale impostazione – di per sé rispettosa dell'esigenza di non introdurre limitazioni alla concorrenza non necessarie – la *lex specialis* della procedura prevede requisiti di partecipazione calibrati sulla capacità degli operatori economici di *commercializzare* le barriere difensive richieste, reperendole sul mercato e fornendole all'Amministrazione, e non anche di *produrle*.

Conseguentemente, la deduzione della ricorrente – ossia che l'aggiudicataria si limiterà a fornire beni da essa non direttamente prodotti – è del tutto inconferente e non costituisce un indice della mancanza dei requisiti di capacità tecnica e professionale dell'operatore, né della non conformità alla disciplina di gara dei beni che verranno forniti.

Per le stesse ragioni, non sarebbe stato ipotizzabile alcun accertamento in sede di gara da parte della Stazione appaltante in ordine ai prodotti offerti, le cui caratteristiche sono state esattamente determinate nel capitolato, dovendo essere verificata soltanto, nell'ambito della procedura, la capacità dell'operatore di approvvigionarsi dei beni richiesti e di metterli a disposizione dell'Amministrazione.

15.3. Tutte le contestazioni dedotte si risolvono, in definitiva, in petizioni di principio indimostrate in ordine a un presunto difetto di capacità tecnica e professionale dell'aggiudicataria, in quanto non direttamente produttrice dei beni

offerti.

Da ciò l'infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio.

16. Occorre prendere in considerazione quindi i motivi aggiunti proposti da

16.1. Al riguardo, il Collegio ritiene fondata l'eccezione di irricevibilità sollevata da [REDACTED], per le ragioni che si espongono di seguito.

16.2. Come è noto, la questione concernente la decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti di gara e dei provvedimenti relativi alle procedure di affidamento di contratti pubblici – termine oggi stabilito, a seguito del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, dal comma 2 dell'articolo 120 cod. proc. amm., e in precedenza dal comma 5 del medesimo articolo – è stata affrontata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con la sentenza 2 luglio 2020, n. 12, ha affermato i seguenti principi di diritto:

*“a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;*

*b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;*

*c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' 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;*

*d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;*

*e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati”.*

Nel solco dei principi tracciati dall'Adunanza plenaria, la giurisprudenza successiva ha puntualizzato che possono darsi, in concreto, tre eventualità:

*“a) se l'istanza di accesso è tempestiva (in quanto proposta (...) entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) e parimenti tempestivo è il riscontro ostensivo da parte della stazione appaltante, il termine per impugnare (di trenta giorni) subisce una “corrispondente dilazione temporale” (di quindici giorni): di tal che, in definitiva, il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo (certo ed obiettivo) di 45 giorni (dalla comunicazione o pubblicazione);*

*b) se, per contro, l'istanza di accesso è tardiva (quindi, di nuovo, successiva al quindicesimo giorno dalla comunicazione o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) non opera, a pro del ricorrente, la ridetta “dilazione temporale”: e ciò in ragione di un bene inteso canone di auto-responsabilità dell'operatore economico che concorre a gare pubbliche e della correlata necessità di evitare che il termine di impugnazione possa rimanere aperto o modulato ad libitum (in tal senso si veda, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2023, n. 2728);*

*c) nel caso, invece, di comportamenti ostruzionistici e dilatori imputabili alla stazione appaltante (che non dia puntuale riscontro alla tempestiva istanza di accesso, ovvero la evada successivamente al termine di quindici giorni dalla ricezione), il termine per impugnare (trattandosi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso) non inizia a decorrere se non dal momento dell'ostensione della documentazione richiesta (sicché, più che di vera e propria “dilazione temporale”, in tal caso finisce per operare una autonoma e nuova decorrenza del termine) (così, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2024, n. 854).*

L'impostazione inaugurata dall'Adunanza plenaria e seguita dalla giurisprudenza successiva è ispirata alla duplice esigenza di evitare ricorsi c.d. "al buio" – ossia proposti senza attendere di conoscere tutti gli atti della procedura e, quindi, senza poter articolare compiute censure riferite al contenuto di atti non ancora noti – e, al contempo, di contenere rigorosamente i termini per la proposizione del gravame entro i limiti di legge.

In questa prospettiva, la regola è quindi quella dell'impugnazione entro il termine di trenta giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, potendo tale termine subire una dilazione (nei termini sopra detti) soltanto nel caso in cui l'operatore presenti un'istanza di accesso tempestiva, ossia formulata entro quindici giorni dal momento in cui è divenuto conoscibile l'esito della gara.

16.3. Nel caso oggetto della presente controversia, gli snodi temporali rilevanti ai fini del computo dei termini per l'impugnazione sono i seguenti:

- il 31 ottobre 2023 è stata comunicata a [REDACTED] la determina di aggiudicazione della gara;
- il 21 novembre 2023 (dopo ventuno giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, e quindi tardivamente) l'operatore ha presentato un'istanza di accesso agli atti;
- il 30 novembre 2023 (al trentesimo giorno dalla conoscenza dell'aggiudicazione) [REDACTED] ha notificato il ricorso introduttivo del giudizio;
- il 13 dicembre 2023 (dopo ventidue giorni dalla presentazione della domanda dell'operatore, e quindi senza osservare il termine prescritto di quindici giorni) l'Amministrazione ha riscontrato l'istanza di accesso, mettendo gli atti richiesti a disposizione della ricorrente;
- il 5 gennaio 2023 [REDACTED] ha notificato i motivi aggiunti.

Dalle predette scansioni temporali si evince che il ricorso introduttivo del giudizio è stato notificato entro il termine di trenta giorni normativamente prescritto, ma i motivi aggiunti – recanti censure del tutto nuove rispetto a quelle contenute nell'originario gravame – sono sopravvenuti dopo ben sessantasei giorni dall'aggiudicazione della gara, e ciò a fronte di un'istanza di accesso agli atti non

tempestiva, in quanto presentata dall'operatore oltre il termine di quindici giorni dall'aggiudicazione.

16.4. Alla luce dei principi sopra esposti, i motivi aggiunti sono da ritenere tardivamente proposti.

Il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione ai fini della proposizione del gravame è, infatti, perentorio, e può subire una dilazione, nei termini sopra richiamati, unicamente nel caso in cui l'operatore abbia proposto tempestivamente un'istanza di accesso agli atti.

Solo in questa evenienza l'operatore potrà, infatti, come detto:

- in caso di altrettanto tempestivo riscontro da parte dell'Amministrazione, proporre l'impugnazione entro il termine complessivo di quarantacinque giorni dall'aggiudicazione;

- in caso di riscontro tardivo, notificare il gravame entro i successivi trenta giorni.

La tempestività della proposizione dell'istanza di accesso è, quindi, in ossequio al principio di autoresponsabilità degli operatori, condizione imprescindibile per poter superare il termine di legge di trenta giorni per l'impugnazione.

Nel caso in esame, i motivi aggiunti, recanti una significativa estensione del *thema decidendum*, sono stati notificati oltre il predetto termine, nonostante il fatto che l'istanza di accesso non fosse stata presentata tempestivamente, e sono quindi irrimediabilmente tardivi.

16.5. In senso contrario non convince la tesi della ricorrente, secondo la quale i principi affermati dall'Adunanza plenaria si riferirebbero soltanto alla proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, che nel caso in esame è stato tempestivamente notificato, mentre non varrebbero per i motivi aggiunti, rispetto ai quali – tenuto conto del riscontro tardivo da parte dell'Amministrazione – l'operatore dovrebbe poter beneficiare di nuovo dell'intero termine di impugnazione di trenta giorni.

16.5.1. Al riguardo, deve anzitutto rilevarsi che, come correttamente osservato dalla controinteressata, la giurisprudenza riferisce testualmente i termini sopra richiamati

all'*impugnazione*, e quindi sia al ricorso introduttivo del giudizio, sia anche ai motivi aggiunti.

Deve aggiungersi che un autorevole avallo a questa lettura proviene dalla Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 204 del 2021 ha affermato che “(...) *il testo dell’art. 120, comma 5, cod. proc. amm. è compatibile con un’interpretazione, come quella da ultimo seguita dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, secondo la quale il dies a quo per proporre il ricorso principale ed i motivi aggiunti decorre dalla comunicazione dell’aggiudicazione (salve le ulteriori ipotesi di decorrenza di altra natura, ed estranee al presente incidente di legittimità costituzionale), fermo il già descritto meccanismo di dilazione temporale per denunciare i vizi che emergano a seguito dell’accesso agli atti di gara*”.

La Corte ha, quindi, espressamente riferito la ricostruzione dei termini di impugnazione offerta dall’Adunanza plenaria n. 12 del 2020 non solo alla proposizione del ricorso introduttivo, ma anche ai motivi aggiunti, oggetto della specifica questione rilevante nel giudizio *a quo*, e ha ritenuto tale lettura non lesiva del diritto alla difesa, di cui all’articolo 24 della Costituzione.

Si tratta, del resto, di una soluzione aderente ai principi, atteso che i motivi aggiunti, comportando l’estensione del *thema decidendum*, sono necessariamente soggetti anch’essi al rispetto del termine di impugnazione.

16.5.2. Sotto altro profilo, va rimarcato che, a voler seguire la tesi di [REDACTED], si consentirebbe all’operatore di rimettersi in termini per l’impugnazione, nonostante la presentazione tardiva di un’istanza di accesso agli atti, con il semplice accorgimento di notificare un ricorso “al buio” entro il termine di trenta giorni dall’aggiudicazione, che è precisamente ciò che l’Adunanza plenaria n. 12 del 2020 ha inteso evitare.

È agevole, in effetti, rilevare che proprio questa evenienza si è verificata nel caso in esame, tenuto conto del fatto che, come sopra detto, con il ricorso introduttivo la parte ha allegato doglianze inconferenti e sostanzialmente apodittiche in ordine alla presunta incapacità dell’aggiudicataria di fornire prodotti rispondenti alle specifiche

tecniche del capitolato, non essendo in grado di articolare più compiute censure, in attesa del riscontro della propria istanza di accesso.

La circostanza che la parte non abbia domandato l'esibizione degli atti di gara tempestivamente non può, tuttavia, essere aggirata con la presentazione entro trenta giorni di un ricorso purchessia, trattandosi di una condotta elusiva del termine di impugnazione stabilito dalla legge.

16.5.3. D'altro canto, la parte non può neppure avvantaggiarsi del riscontro tardivo alla propria tardiva istanza di accesso, pretendendo di computare per intero il termine di trenta giorni dal momento in cui ha avuto conoscenza degli atti richiesti, essendo tale possibilità riservata ai soli operatori che abbiano domandato l'accesso entro quindici giorni dall'aggiudicazione.

Come già affermato da questa Sezione, infatti, il comportamento dilatorio imputabile alla Stazione appaltante assume rilievo solo nell'ipotesi in cui l'istanza di accesso a monte sia stata comunque formulata in modo tempestivo (TAR Lazio, Sez. I Bis, 26 giugno 2023, n. 10810).

16.6. L'impostazione qui accolta trova conferma negli orientamenti espressi dalla giurisprudenza, la quale ha avuto modo di affermare che, in caso di ritardo dell'operatore nell'accesso, il medesimo non può avvalersi della "dilazione temporale" ai fini della proposizione di motivi aggiunti al ricorso introduttivo del giudizio, pur tempestivamente notificato (Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2024, n. 1263, §§ 21.4 in diritto e seguenti). E ciò in quanto il conseguimento dell'accesso, esperito tardivamente, non vale a rimettere l'operatore "(...) nei termini per la formulazione di tutte quelle censure che (...) avrebbe potuto diligentemente effettuare, ove avesse tempestivamente esercitato la facoltà di accesso (...)" (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 20 marzo 2023, n. 705, confermata da Cons. Stato n. 1263 del 2024, cit.).

16.7. Al medesimo esito della tardività dei motivi aggiunti si perverrebbe, peraltro, anche volendo computare il termine di impugnazione di trenta giorni dal riscontro

all'istanza di accesso e sottraendovi i giorni consumati dalla ricorrente per presentare tale istanza.

Come detto, infatti, l'operatore ha domandato di accedere agli atti della procedura dopo ventuno giorni dall'aggiudicazione.

A seguito del riscontro positivo dell'Amministrazione, alla data del 13 dicembre 2023, residuavano, quindi – in questa più favorevole impostazione – ancora nove giorni per la notifica dei motivi aggiunti.

Il termine sarebbe, quindi, venuto a scadenza il 22 dicembre 2023.

I motivi aggiunti sono stati notificati, tuttavia, soltanto il 5 gennaio 2024, ossia comunque tardivamente.

16.8. Da ultimo, deve considerarsi decisiva, al fine di far emergere la tardività dei motivi aggiunti, la considerazione che in nessun caso l'operatore che abbia presentato un'istanza di accesso agli atti intempestiva potrebbe ottenere un trattamento processuale più favorevole rispetto a quello che abbia invece coltivato diligentemente le proprie iniziative di tutela.

In questa prospettiva deve osservarsi che, in uno scenario controfattuale, ove [REDACTED] avesse presentato tempestivamente l'istanza di accesso al quindicesimo giorno dall'aggiudicazione e avesse poi ottenuto altrettanto tempestivamente riscontro dall'Amministrazione dopo ulteriori quindici giorni, al predetto operatore – seguendo l'insegnamento dell'Adunanza plenaria e della prevalente giurisprudenza, che considera il termine di quarantacinque giorni dall'aggiudicazione come “secco” e non modulabile (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736; Id. 16 aprile 2021, n. 3127; TAR Lazio, Sez. IV, 22 febbraio 2024, n. 3552; Id., 7 dicembre 2023, n. 18449) – sarebbero rimasti a disposizione soltanto quindici giorni per articolare compiute censure avverso gli atti di gara.

Nel caso in esame, la ricorrente, che pure non ha presentato la propria istanza di accesso tempestivamente, ha comunque impiegato ben più di quindici giorni dalla conoscenza degli atti di gara per la proposizione dei motivi aggiunti, ossia più del termine che avrebbe potuto avere a disposizione nello scenario descritto, agendo

diligentemente.

Come detto, la parte non può, invece, giovare in proprio favore del ritardo dell'Amministrazione nel riscontrare l'istanza di accesso agli atti, al fine di beneficiare dell'intero termine di impugnazione di trenta giorni, proprio in quanto è stata [REDACTED] ad agire per prima in modo non rispondente ai canoni di diligenza.

D'altro canto, come pure detto, l'operatore non può neppure rimettersi autonomamente in termini per la proposizione dei motivi di impugnazione avverso gli atti di gara con il mero accorgimento della proposizione di un ricorso "al buio" entro trenta giorni dall'aggiudicazione, non potendo ammettersi la disponibilità dei termini processuali in capo alla parte ricorrente.

16.9. In senso contrario alle argomentazioni sin qui esposte, non è consentito dare rilievo alla dedotta compressione del diritto alla difesa della parte ai fini della proposizione dei motivi aggiunti, stante il principio, affermato dall'Adunanza plenaria, per cui si deve *"(...) comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza"* (Ad. plen., n. 12 del 2020, cit., § 28.3).

Si tratta di un'impostazione che, come detto, è stata giudicata compatibile con l'articolo 24 della Costituzione dalla Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 204 del 2021.

Deve, peraltro, aggiungersi che la stessa Corte è pervenuta ad affermare che *"(...) prevedere che il termine di decadenza per proporre i motivi aggiunti maturi, nonostante il vizio non fosse conoscibile mediante l'impiego della ordinaria diligenza, comporterebbe una arbitraria e irragionevole compressione del diritto di agire (ex plurimis, sentenze n. 271 del 2019 e n. 94 del 2017)"*, con ciò valorizzando la possibilità di superare il termine perentorio di impugnazione ai fini della proposizione di motivi aggiunti soltanto nel caso di comportamento diligente dell'operatore nel presentare tempestivamente l'istanza di accesso agli atti.

16.10. In definitiva, per le ragioni sin qui esposte, i motivi aggiunti devono essere dichiarati irricevibili per tardività.

17. L'infondatezza del ricorso principale e l'irricevibilità dei motivi aggiunti determinano l'improcedibilità del ricorso incidentale, in quanto – come chiarito dalla giurisprudenza formatasi successivamente alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 5 settembre 2019, nella causa C- 333/18 – “(...) *il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale (cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431)*” (Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 1248).

18. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, sui motivi aggiunti e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara irricevibile il ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano in euro 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori di legge, in favore del Ministero della difesa ed euro 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori di legge, in favore di

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Floriana Venera Di Mauro, Consigliere, Estensore

Alessandra Vallefuoco, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Floriana Venera Di Mauro**

**IL PRESIDENTE**  
**Giovanni Iannini**

**IL SEGRETARIO**