

La richiesta di accesso agli atti della gara e la tempestività del ricorso giudiziale

di Christian Corbi

Data di pubblicazione: 6-5-2024

La presentazione della richiesta di accesso agli atti, se funzionale all'acquisizione di elementi su cui fondare l'impugnazione dell'aggiudicazione, determina il differimento del termine di presentazione del relativo ricorso giudiziale, non sussistendo nella materia degli appalti pubblici e a carico del ricorrente l'onere di impugnazione "al buio".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 341 del 2023, proposto dalla società Sgm Impianti s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG n. 97252466E1, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Di Stefano e Pasquale Giangiobbe, con domicilio digitale come da PEC estratta dal Registro di Giustizia;

contro

Università degli Studi del Molise, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria ex lege in Campobasso, alla via Insorti D'Ungheria, n. 74;

nei confronti

della società Net s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della Delibera del [C.d.A.](#) dell'Università degli Studi del Molise prot. 18514 del 3/05/2022, con la quale è stato autorizzato l'espletamento di una procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'[art. 95 del D.lgs. n. 50/2016](#), con ricorso al mercato elettronico, come previsto all'art. 1 del D.L. n. 52/2012, per l'affidamento dei lavori di realizzazione di due impianti fotovoltaici della potenza complessiva pari 495 kWp, nonché di manutenzione straordinaria da eseguirsi sulle coperture degli edifici denominati "II e III Polifunzionale" dell'Università degli Studi del Molise, siti in via Francesco De Sanctis - Campobasso;
- della Delibera del [C.d.A.](#) del 28/07/2022;
- della Delibera del [C.d.A.](#) n. 380/2022 del 29.09.2022, avente prot. n. 39064/2022 del 5.10.2022, con la quale è stato approvato il progetto relativo all'espletamento di una idonea procedura di gara per il predetto affidamento;
- della Delibera del Consiglio di Amministrazione n. 35/2023 del 26.01.2023, recante prot. n. 4245/2023 del 31.01.2023, con la quale è stato confermato il progetto esecutivo dell'intervento, rielaborato dall'Area Servizi tecnici;
- della Determina del Direttore Generale prot. 24081/2023;
- del Bando, del Disciplinare e dei relativi allegati, del Progetto esecutivo comprensivo di tutti gli allegati, del Capitolato Speciale d'Appalto, dello schema di contratto, del quadro economico; nonché dei rispettivi allegati, e delle rettifiche ove intervenute;
- di tutti i chiarimenti e precisazioni forniti dalla Stazione Appaltante;
- di tutti gli avvisi e/o le comunicazioni pubblicate in occasione della procedura di gara;
- della Determina di nomina della Commissione di gara n. prot. 29088 dell'11/07/2023;
- di tutti i verbali, ivi compresi gli allegati, ed in particolare: dei verbali: n. 1 del 20.07.2023; n. 2 del 27.07.2023; n. 3 del 25.09.2023; n. 4 del 26.09.2023, incluso l'All. 1; n. 5 del 27.09.2023, inclusi gli All.ti 1 e 2; dello schema recante i punteggi assegnati alle rispettive offerte;
- della graduatoria finale e della proposta di aggiudicazione;
- del decreto di aggiudicazione definitiva dell'Università degli Studi del Molise prot. n. 45153 del 25/10/2023 in favore della Net s.r.l.;

- dell'eventuale provvedimento di declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione, ove intervenuto;

- del silenzio e/o diniego dell'Amministrazione di riscontro dell'istanza di riesame in autotutela inviata a mezzo Pec dalla SGM Impianti s.r.l. ai sensi dell'art. 21 nonies della L. n. 241/1990;

- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale e comunque lesivo, ancorché non conosciuto;

e per l'annullamento, la declaratoria di inefficacia e/o di nullità del contratto eventualmente stipulato;

nonché per la condanna al risarcimento dei danni in forma specifica, e, in subordine, al risarcimento dei danni per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Net s.r.l. e dell'Università degli Studi del Molise;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024 il dott. Roberto Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) La procedura di gara sulla quale verte il presente giudizio veniva indetta dall'Università degli Studi del Molise - con delibere del suo C.d.A. prot. n. 39064/2022 e n. 4245/2023 e con Determina del D.G. prot. 24081/2023 - per l'affidamento dei "Lavori di realizzazione di due impianti fotovoltaici della potenza complessiva pari 495 kWp e di manutenzione straordinaria da eseguirsi sulle coperture degli edifici denominati "II e III Polifunzionale" dell'Università degli Studi del Molise siti in via Francesco De Sanctis - Campobasso. CIG: 97252466E1 - CUP: H34D22002220005".

2) Il criterio di aggiudicazione della gara era stato individuato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa a fronte del progetto esecutivo redatto dall'Università, rispetto al quale la lex specialis aveva previsto la possibilità per le concorrenti di introdurre varianti migliorative.

3) Come risulta dal verbale n. 3 del 25 settembre 2023, dopo l'inizio delle operazioni del 26 luglio 2023 la commissione di gara, a seguito della verifica della documentazione amministrativa, aveva proceduto alla valutazione delle offerte tecniche delle concorrenti

"attribuendo collegialmente, dopo attento esame, i punteggi riportati nell'allegato prospetto".

3.1) All'esito della procedura risultava aggiudicataria l'offerta presentata dalla società Net s.r.l., odierna controinteressata, alla quale era stato attribuito il complessivo punteggio di 76,665 punti (di cui 61,775 per l'offerta tecnica e 14,890 per l'offerta economica); seconda graduata era invece risultata la ricorrente società SGM, cui era stato attribuito il punteggio complessivo di 75,963 punti (di cui 61,776 per l'offerta tecnica e 14,187 per l'offerta economica): punteggio minore, pertanto, rispetto a quello conseguito dalla prima, per soli 0,702 punti.

4) La società SGM, non persuasa della legittimità degli esiti della gara, già in data 29/9/2023, ossia solo due giorni dopo la pubblicazione della graduatoria, avvenuta il precedente giorno 27, presentava istanza di accesso agli atti, con la quale chiedeva la trasmissione delle offerte tecniche delle altre concorrenti, e segnatamente dell'aggiudicataria.

4.1) Previa comunicazione della richiesta ostensiva alle società potenzialmente controinteressate, la documentazione oggetto di domanda veniva trasmessa alla ricorrente in due riprese, tra il 14 ed 16 novembre 2023.

5) Seguiva di lì a poco la proposizione dell'odierno gravame, introdotto con atto notificato in data 15/12/2023 e affidato ad unico motivo, composto a sua volta da più sotto-paragrafi, così rubricati: Motivo "1)Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23,29,30,68,95 d.lgs. 50/2016, degli artt. 1,3,5,7,10,10-bis, 21-octies, 21-nonies L. 241/90, degli art. 3 e 9 Cost., degli artt. 7,9,12,19,19.2, 19.3, 21,22,22.1, 22.2, 23.1, 24 del disciplinare di gara, degli artt. 1.1, 1.2, 1.6, 2.1, 5.1, 5.2, 5.3 del Capitolato speciale d'appalto. Violazione dei principi parità di trattamento, parità di condizioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza. Difetto di motivazione e di istruttoria. Eccesso di potere. Travisamento dei fatti. Falsità dei presupposti, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza, sviamento"; Sotto-paragrafi: II) Violazione del requisito minimo della potenza nominale degli impianti offerta ambigua, incerta, indeterminata: esclusione della Net s.r.l. o azzeramento del punteggio tecnico complessivo per l'offerta migliorativa; III)Sul sub-parametro di valutazione 1.5: riduzione del punteggio assegnato a net s.r.l.; IV) Sul sub-parametro di valutazione 2.2: riduzione del punteggio assegnato a net s.r.l."; V) Sub-parametro di valutazione 2.1: esclusione e/o azzeramento/riduzione del punteggio assegnato a net s.r.l.; VI)Sub-parametro di valutazione 3.4: esclusione e/o azzeramento/riduzione del punteggio assegnato a net s.r.l.; VII)Offerta incompleta, non esecutiva: esclusione. violazione del sub-parametro n. 4.3. ed illegittima attribuzione del punteggio alla Net s.r.l.; VIII) Sub-parametro di valutazione 4.3: illegittimità ed erroneità della valutazione sull'offerta tecnica SGM".

5.1) Si costituivano in giudizio in resistenza all'impugnativa l'Amministrazione e la controinteressata società NET, le quali eccepivano preliminarmente l'irricevibilità del ricorso e deducevano, comunque, la sua infondatezza nel merito.

6) All'udienza camerale del 10 gennaio 2024 veniva accolta l'istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati proposta in via incidentale nel ricorso, in ragione della seguente motivazione: "Rilevato, al di là della disamina delle censure sollevate con il

ricorso, le quali dovranno trovare i necessari approfondimenti nella fase del giudizio di merito, che la presente domanda cautelare risulta effettivamente assistita dal presupposto del periculum in mora dedotto dalla ricorrente; Valutato, infatti, come nel necessario bilanciamento delle contrapposte posizioni si presenti prevalente l'interesse della ricorrente ad addivenire re adhuc integra alla fase decisoria del giudizio, in ragione, in particolare: i) della ridotta durata temporale del contratto di appalto, prevista dagli atti di gara in centottanta giorni dall'effettivo affidamento della commessa; ii) della diversità strutturale delle proposte progettuali presentate dalle due concorrenti, con la connessa previsione di utilizzo di macchinari e attrezzature sensibilmente diversi tra loro, tale da rendere ben difficile un successivo subentro della ricorrente in caso di eventuale accoglimento del ricorso; Osservato, d'altra parte, che all'appalto non risulta connessa l'erogazione di finanziamenti che impongano stringenti e perentori termini di affidamento e di realizzazione della commessa; Rimarcata infine, l'esiguità della differenza di punteggio che separa le due concorrenti, tale per cui l'eventuale accoglimento anche di uno solo tra i molteplici motivi di ricorso potrebbe valere a rimettere in discussione l'esito della competizione".

7) In vista dell'udienza pubblica fissata per il 21 febbraio 2024 le parti depositavano ulteriori memorie, riportandosi sostanzialmente alle proprie precedenti difese ed insistendo nelle rispettive conclusioni.

8) All'esito della predetta udienza, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

9) In via preliminare il Collegio deve disattendere l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dalle resistenti.

Secondo queste ultime, la tardività del proposto gravame si desumerebbe linearmente dal mero raffronto delle date di pubblicazione degli esiti della gara a quella di notifica del ricorso.

Tuttavia l'eccezione non tiene conto del consolidato principio ormai invalso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale: "Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'individuazione della decorrenza del termine di impugnazione degli atti di una procedura di gara per l'affidamento di un contratto di appalto è così modulata: a) dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016; b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50 del 2016; c) nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara è prevista la dilazione temporale, fino al momento in cui è consentito l'accesso, se 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 (sempreché l'istanza di accesso sia proposta nei quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione); d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati" (Consiglio di Stato sez. V, 6/12/2022, n. 10696).

Orbene, nella presente vicenda la ricorrente non avrebbe potuto articolare nessuna delle

censure proposte senza l'accesso agli atti, da essa ottenuto, in modo completo, solo in data 16 novembre 2023 (a fronte di un'istanza proposta dapprima in data 29/9/2023, e successivamente, a seguito del differimento disposto dalla stessa Amministrazione, il 26/10/2023). Le sue doglianze ricorsuali, invero, si sono sostanzialmente tutte appuntate sulla ammissibilità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, e in subordine sui punteggi a questa attribuiti.

D'altra parte, la ricorrente non poteva dirsi certo onerata della presentazione di un ricorso "al buio". Tale evenienza, come chiarito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020, deve essere per quanto possibile evitata: e per questo motivo "La proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" per il ricorso quando i motivi 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" (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020).

Né può ritenersi ingiustificatamente ritardata la presentazione dell'istanza di accesso della ricorrente, pervenuta solo a due giorni dalla pubblicazione dell'aggiudicazione, e quindi, sostanzialmente, nell'immediatezza dell'avvenuta conoscenza degli esiti della gara. Istanza, peraltro, riscontrata dopo quasi due mesi, in data 16 novembre 2023, a causa del citato differimento disposto dalla stessa Amministrazione, la quale, a riscontro della prima istanza ostensiva ricevuta, aveva stabilito che l'accesso sarebbe stato differito ad una data successiva all'aggiudicazione definitiva, avvenuta poi il successivo 26 ottobre 2023.

Il ricorso risulta dunque tempestivo.

10) Nel merito il ricorso è fondato con riferimento al suo primo e assorbente motivo, con il quale la ricorrente ha contestato l'ammissibilità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria lamentandone, in prima battuta, la mancata esclusione dalla procedura in ragione della carenza, all'interno di tale offerta, di un requisito minimo richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

Segnatamente, la ricorrente ha dedotto che la società NET s.r.l., nella propria offerta migliorativa, non aveva indicato la potenza complessiva, pari almeno alla soglia minima di 495 kpw, che l'impianto da essa offerto avrebbe dovuto erogare, laddove il capitolato aveva individuato l'oggetto della commessa nella "realizzazione di due impianti fotovoltaici della potenza complessiva di 495,00 kWp...".

Secondo la ricostruzione ricorsuale tale indispensabile requisito, oltre a non essere stato indicato espressamente nell'offerta tecnica della concorrente, non sarebbe stato neppure indirettamente ricavabile dagli ulteriori dati di progetto da essa forniti, né dai documenti allegati alla proposta migliorativa avversaria.

Ciò al contrario di quanto accaduto per altri concorrenti, tra cui il Consorzio stabile Unyon, il quale, unitamente alla propria proposta alternativa di impianto fotovoltaico, oltre ad indicare specificamente la potenza erogata dall'impianto da esso proposto, aveva prodotto anche "un nuovo layout del dispositivo in funzione delle diverse dimensioni rispetto a quelle progettuali"

(pag. 7 del ricorso).

L'omissione riscontrata nell'offerta della società Net avrebbe già ex se dovuto condurre all'esclusione dalla gara della controinteressata, avendo reso l'offerta del tutto indeterminabile e comunque irrimediabilmente ambigua.

Inoltre, poiché la società Net aveva comunque proposto un impianto diverso da quello previsto negli elaborati progettuali a base di gara, la sua offerta avrebbe dovuto altresì fornire adeguate indicazioni in ordine alla disposizione e, soprattutto, al numero dei pannelli forniti. Ed invece, secondo il percorso argomentativo attoreo, dall'esame dell'offerta tecnica non sarebbe stato nemmeno desumibile il numero complessivo dei pannelli stessi, così come non sarebbe stata specificata neppure la potenza complessiva di ciascuno dei due singoli impianti componenti l'opera a realizzarsi.

Da qui un ulteriore elemento di ambiguità dell'offerta, che nella prospettiva attorea avrebbe dovuto comunque condurre all'esclusione dalla competizione della concorrente poi, invece, divenuta aggiudicataria.

Solo in via subordinata, per le stesse motivazioni, parte ricorrente aveva richiesto, comunque, l'azzeramento del punteggio tecnico attribuito alla società aggiudicataria.

10.1) Ai fini della disamina del motivo va premesso che l'anzidetto disciplinare, al paragrafo 19.2 (pag. 27), aveva previsto che l'offerta tecnica delle partecipanti dovesse essere presentata mediante una relazione tecnica nella quale descrivere "le soluzioni migliorative proposte, utilizzando capitolati di dettaglio e indicando, specificatamente, tutte le attività e le lavorazioni previste per la realizzazione di tali soluzioni proposte, anche al fine di evitare dubbi interpretativi o difficoltà applicative in ordine alla qualità e alla consistenza delle stesse".

10.2) La censura attorea coglie nel segno.

Il rilievo essenziale rivestito sul piano della *lex specialis* dal dato della potenza complessiva dell'impianto proposto emerge, oltre che dall'intestazione stessa del bando ("Lavori di realizzazione di due impianti fotovoltaici della potenza complessiva pari 495 kWp..."), dalla citata previsione di apertura del capitolato, quella del suo art. 1.1, dove l'oggetto dell'appalto era appunto così individuato: "L'appalto ha per oggetto la realizzazione di due impianti fotovoltaici della potenza complessiva di 495,00 kWp e l'esecuzione di interventi di manutenzione straordinaria da eseguirsi sulle coperture degli edifici denominati "Il Polifunzionale" e "III Polifunzionale" dell'Università degli Studi del Molise siti in Via F. De Sanctis - Campobasso".

Ulteriori indicazioni in tal senso erano ricavabili nel successivo art. 5 del Capitolato. La disposizione infatti dettagliava in maniera puntuale la configurazione e le caratteristiche che l'impianto offerto avrebbe dovuto avere, stabilendo che "gli impianti fotovoltaici progettati saranno costituiti e ripartiti nel seguente modo: § n. 1 impianto fotovoltaico, denominato "Impianto FV II Polifunzionale", della potenza nominale pari a 275,00 kWp da installare su delle zone (falde) della copertura dell'edificio denominato II Polifunzionale e dell'Aula Magna

...; § n. 1 impianto fotovoltaico, denominato "Impianto FV III Polifunzionale", della potenza nominale pari a 220,00 kWp da installare su delle zone (falde) della copertura dell'edificio denominato III polifunzionale...".

E già questi elementi di carattere letterale consentono di condividere l'assunto attoreo secondo il quale l'indicazione della potenza erogata dall'impianto alternativo che si proponeva in gara, necessariamente almeno equivalente alla soglia di 495 kWp., costituiva un elemento indefettibile della proposta progettuale, da inserire quindi necessariamente, per quanto già osservato, nell'apposita relazione tecnica dell'offerente.

10.3) A confutazione di tale argomento, l'Amministrazione e la controinteressata hanno sostenuto che la *lex specialis* non prescriveva alcuna specifica indicazione in ordine alla potenza complessiva dell'impianto. A loro avviso l'unico riferimento alle caratteristiche dei moduli proposti era contenuto nel criterio 1.1. del Disciplinare, denominato "Modulo fotovoltaico", il quale non prescriveva l'indicazione nell'offerta della potenza minima complessiva erogata dall'impianto, ma si sarebbe limitato a richiedere la "Indicazione dell'efficienza dei moduli fotovoltaici offerti, riscontrabili nella scheda tecnica (data sheet) del modulo offerto ed esplicitamente richiamato nell'offerta tecnica. Si prediligevano offerte, che rispetto a quanto previsto dal progetto posto a base di gara, offriranno moduli con una maggiore efficienza, espressa in %".

Le resistenti hanno però ben riconosciuto che la *lex specialis* consentiva alle concorrenti di apportare variazioni rispetto al progetto esecutivo posto a base di gara: tanto è vero che, al riguardo, in luogo dell'impianto indicato a base del progetto, la società Net aveva offerto il diverso tipo di impianto "EVO 6 Pro da 690 Wp della HJT" (p. 1 su 30, offerta tecnica NET), a suo dire più performante, dotato di caratteristiche e dimensioni diverse (e strutturato, in particolare, su una unità di modulo fotovoltaico di dimensioni superiori a quelle del modulo a base d'asta).

L'obiezione difensiva delle resistenti non vale però ad inficiare la fondatezza della contestazione della ricorrente

Contrariamente a quanto sostenuto dalle resistenti, l'indicazione della potenza minima erogata dall'impianto costituiva un dato indefettibile, che le concorrenti avrebbero comunque dovuto fornire: tanto soprattutto nel quadro della presentazione di un'offerta migliorativa, che, implicando la scelta di fornire un impianto diverso rispetto a quello individuato dalla Stazione appaltante, imponeva di conseguenza di precisare le sue caratteristiche essenziali, e quindi, in primis di indicare la potenza complessiva che l'impianto alternativo offerto avrebbe erogato.

Il richiamo delle resistenti al criterio 1.1. del Disciplinare si presenta quindi fuori luogo. E, del resto, non v'era affatto bisogno che nell'indicazione del criterio 1.1, avente ad oggetto il "Modulo fotovoltaico", e nel quale si chiedevano precisazioni in ordine all'efficienza del modulo proposto, venisse ribadita la necessità di precisare il requisito di potenza dell'impianto nel suo complesso.

Dalla mera lettura della *lex specialis*, e segnatamente dell'art. 22.1 del capitolato, risultava

inoltre fuor di dubbio che i progetti di variante offerti dovessero illustrare i punti essenziali dell'offerta migliorativa in aderenza alla legge di gara.

Tale norma disponeva, infatti: "È facoltà dell'offerente proporre differenti marche di pannelli fotovoltaici e di inverter, rideterminando di conseguenza la configurazione dell'impianto purché si mantengano le caratteristiche minime richieste, sul quale è stato redatto il progetto esecutivo posto a base di gara, per i relativi parametri di valutazione. Pertanto, sono ammesse proposte, in base ai criteri di valutazione sopra riportati, che possono condurre alla redazione di varianti al progetto esecutivo posto a base di gara, da parte dell'aggiudicatario, ovvero, la stazione appaltante autorizza la presentazione di variante nel rispetto di quanto previsto dal comma 14 dell'art. 95 del codice".

Ora, la società NET aveva proposto una variante, indicando un apparato fotovoltaico diverso rispetto a quello previsto nel progetto esecutivo posto a base di gara.

Tuttavia la proposta migliorativa della Net, come emerge dall'esame della sua relazione tecnica, è rimasta del tutto priva di indicazioni in merito all'osservanza della prescrizione del "mantenimento delle caratteristiche minime richieste", e, segnatamente, carente di ogni riferimento alla circostanza che la fornitura da essa offerta avrebbe riguardato comunque un impianto complessivamente capace di erogare quantomeno la potenza minima di KPW 495 (necessità plasticamente espressa, come si è detto, sia dall'intestazione stessa del bando "Lavori di realizzazione di due impianti fotovoltaici della potenza complessiva pari 495 kWp...", sia dall'art. 1.1 del capitolato).

Il dato della potenza complessiva dell'impianto fotovoltaico offerto in variante dalla controinteressata non era ricavabile nemmeno aliunde nella documentazione prodotta in gara: questo anche perché nell'offerta della resistente mancava anche il dato concernente il numero totale dei singoli pannelli che la concorrente avrebbe assemblato per comporre l'impianto. La sua offerta difettava difatti anche di una qualsiasi forma di layout rappresentativo della disposizione dei pannelli proposti, dal quale potersi indirettamente desumere il numero di pannelli, e con l'ausilio di tale dato poter arrivare ipoteticamente a "costruire" quello della potenza complessiva dell'impianto (da raffrontare, infine, alla soglia imposta dalla legge di gara).

Solo per completezza si aggiunge, infine, che la stessa difesa della controinteressata non ha mostrato incertezza nel riconoscere in via di principio, in giudizio, che la presentazione di varianti non esimeva l'offerente dal soddisfacimento delle garanzie minime riflettenti le caratteristiche che la fornitura doveva presentare. In proposito, infatti, nella sua prima memoria difensiva (pag. 4), la stessa ha osservato che le concorrenti avrebbero ben potuto "proporre in luogo del modulo fotovoltaico indicato in progetto altro con diverse caratteristiche e dimensioni purché rispondente, nella potenza minima, a quello posto a base di gara". Il punto è, però, giova ribadirlo, che tale ultimo elemento, come fin qui emerso, è risultato del tutto assente nell'offerta dell'aggiudicataria, le cui riscontrate omissioni si sono persino perpetuate durante tutto il corso del giudizio, nel quale non è stato fornito dalla controinteressata nemmeno alcun pur minimo argomento esplicativo.

10.3.1) Non guasta aggiungere che il disciplinare (punto 19.2 pag. 27) aveva previsto, ai fini della chiarezza e leggibilità dell'offerta, che: "Per le modalità sintetiche di elaborazione dell'offerta tecnica, si potrà far riferimento a schemi e/o dimensionamenti di larga massima dei migliorativi proposti ed ai fini della attribuzione del punteggio non si terrà conto di eventuali "calcolazioni" di dettaglio non verificabili in assenza di un progetto compiuto e/o della qualificazione del soggetto che le propone. Pertanto, nella predetta ipotesi, le eventuali "calcolazioni" saranno ritenute, comunque, inattendibili e non saranno prese in considerazione ai fini della attribuzione del punteggio".

Nella proposta progettuale della controinteressata, tuttavia, la sua relazione tecnica, non solo non ha in alcun modo indicato la potenza massima suddetta, ma non ha nemmeno fornito un progetto che contenesse elementi tali da permettere forme di "calcolo" che indirettamente consentissero l'individuazione della presenza dei requisiti minimi, e segnatamente di quello del valore di potenza complessiva di 495 kpv che, come detto, costituiva elemento minimo e indeclinabile richiesto dalla *lex specialis*.

In proposito va ulteriormente sottolineato che, come rimarcato dal ricorso, dalla documentazione in atti è emerso come le offerte delle altre concorrenti proponenti una variante progettuale contenessero la specifica indicazione dei calcoli dimostrativi della potenza complessiva erogata dall'impianto da esse proposto. Cosa che non era richiesta per le sole concorrenti che, diversamente dall'aggiudicataria, si sarebbero attenute alla fornitura di un set di prodotti e di processo del tutto analoghi a quelli indicati nel progetto esecutivo a base di gara.

Basti aver riguardo, in proposito, alla relazione tecnica della ricorrente, oltre che a quelle presentate dal Consorzio Unyon scarl e dalla società Energy project di Terenzio Alio (allegate in atti): tutte offerte che contenevano, in maniera chiara, il puntuale calcolo specifico dimostrativo che il loro impianto avrebbe raggiunto almeno la complessiva potenza di 495 kpv, precisando altresì (come pure richiesto dalla *lex specialis*) la potenza erogata da ciascuno dei due impianti posizionati sui due diversi edifici, che componevano la complessiva opera richiesta.

L'unica concorrente (tra quelle la cui documentazione è stata depositata in atti) a non avere sviluppato nella propria proposta una puntuale descrizione della potenza del proprio impianto era risultata la società Energeia, la quale tuttavia, ben diversamente dalla Net s.r.l., aveva presentato una proposta incentrata sui medesimi moduli indicati nel progetto a base di gara, senza quindi variante sul punto.

10.4) Vanno dunque condivise le censure della ricorrente contestanti l'assenza, nella proposta contrattuale avversaria, della basilare indicazione che l'impianto proposto avrebbe erogato una potenza corrispondente ad almeno 495 KPV.

Solo per completezza si aggiunge quindi che, secondo quanto previsto dal già citato art. 5 del Capitolato, "gli impianti fotovoltaici progettati saranno costituiti e ripartiti nel seguente modo: § n. 1 impianto fotovoltaico, denominato "Impianto FV II Polifunzionale", della potenza nominale pari a 275,00 kWp da installare su delle zone (falde) della copertura dell'edificio denominato II

Polifunzionale e dell'Aula Magna ...; § n. 1 impianto fotovoltaico, denominato "Impianto FV III Polifunzionale", della potenza nominale pari a 220,00 kWp da installare su delle zone (falde) della copertura dell'edificio denominato III polifunzionale...".

In sostanza, era quindi la stessa *lex specialis* a prevedere che l'offerta avrebbe dovuto altresì dettagliare la specifica potenza erogata da ciascuno dei due singoli impianti da apporre sui due edifici universitari interessati dall'intervento. Ma naturalmente -giacché il più contiene il meno- anche questa necessaria precisazione era risultata assente nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

A fronte delle riscontrate carenze dell'offerta tecnica di quest'ultima, l'Amministrazione avrebbe dovuto quindi escluderla dalla gara.

Tanto in base al consolidato principio giurisprudenziale secondo cui la commissione non può ammettere alla gara offerte che presentino soluzioni tecniche che non rispettino i requisiti minimi e i caratteri essenziali richiesti dalla *lex specialis*.

E questo anche a prescindere dalla presenza, nella legge di gara, di un'espressa clausola che correlasse puntualmente alla specifica mancanza riscontrata un'espressa comminatoria di esclusione (sul punto, anche se con considerazioni espresse con riguardo alla disciplina del D.lgs n. 163/2006, in Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5261/2015 vi sono principi comunque applicabili anche al d.lgs n. 50/2016). Ed infatti: "Le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato ad un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito, minimo che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta; né depone in senso contrario la circostanza che la *lex specialis* non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste, risolvendosi tale difformità in un *aliud pro alio* che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso" (ex multis Consiglio di Stato, Sez. V n. 5260/2019).

Alla vicenda odierna può essere utilmente ricondotto anche l'autorevole e connesso avviso del Consiglio di Stato secondo il quale: "Nelle procedure di gara, la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla *lex specialis* rende legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò possa comportare alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione, previsto dall'art. 83, comma 8, d.lg. n. 50/2016" (Consiglio di Stato sez. V, 28/06/2022, n. 5347).

Senza dire, poi, che l'art. 24 del disciplinare conteneva comunque una espressa previsione escludente, lì dove prevedeva l'automatica esclusione dalla gara anche per l'ipotesi di "carenza di elementi essenziali", tra i quali, per quanto fin qui osservato, rientrava senz'altro anche l'indicazione della potenza complessiva di 495 kpv erogabile dall'impianto proposto.

10.4.1) Nell'odierna vicenda, la già accertata assenza del suindicato fondamentale dato di prodotto e di processo aveva determinato anche un'inammissibile incertezza sull'offerta dell'aggiudicataria, illegittimamente non rilevata dalla commissione di gara.

Né si sarebbero potuti desumere elementi idonei al superamento delle richiamate omissioni, e conseguenti incertezze di fondo, dalla tavola sinottica 2.8 (pag. 33 del file contenente l'offerta tecnica) alla quale ha fatto riferimento, in particolare, la difesa dell'Amministrazione.

Da tale documento non emerge in alcun modo l'indicazione della potenza minima di 495 kpw che anche l'impianto proposto dall'aggiudicataria avrebbe dovuto assicurare. E di tanto è apparsa consapevole anche la difesa dell'Amministrazione, la quale (pag. 7 della prima memoria difensiva), dopo aver genericamente richiamato la citata tavola sinottica, si è limitata ad affermare che, comunque, né l'indicazione della potenza di picco, né le dimensioni del singolo modulo fotovoltaico, fossero richiesti dal disciplinare, non dovendo esse formare oggetto di valutazione. Asserto, quest'ultimo, che, per tutte le ragioni fin qui esposte, non può trovare accoglimento.

Va poi soggiunto che, nonostante l'esplicita censura ricorsuale, neppure in corso di giudizio sono stati forniti chiarimenti, né dall'Amministrazione, né tantomeno dalla controinteressata, idonei a mettere in discussione la censurata e dirimente carenza denunciata dalla società ricorrente, o comunque a fornire, ancorché solo ormai tardivamente, le indicazioni omesse.

10.5) In virtù di quanto fin qui osservato, è dunque possibile concludere come segue: a) l'indicazione della potenza minima complessiva dell'impianto fotovoltaico proposto, pari a 495 kpv, costituiva elemento essenziale dell'offerta, che l'offerente di un impianto diverso da quello posto a base di gara non poteva esimersi dall'indicare e dimostrare; b) la carenza di un simile requisito di dettaglio, alla luce delle ricordate indicazioni fornite dalla legge di gara, e dei principi espressi dalla giurisprudenza richiamata, costituendo un elemento minimo dell'offerta stessa, avrebbe dovuto determinare l'esclusione della concorrente società Net.

Il gravame si presenta dunque fondato già con riferimento al suo primo motivo.

11) L'accoglimento del primo mezzo del ricorso, dal quale consegue l'esclusione della controinteressata dalla procedura di gara, è già idoneo a comportare l'accoglimento complessivo del gravame, rendendo così il ricorrente carente d'interesse alla disamina degli ulteriori motivi d'impugnazione proposti, che possono pertanto essere assorbiti.

Secondo il costante orientamento del Consiglio di Stato, infatti, "L'assorbimento dei motivi è consentito solo laddove non leda l'interesse delle parti ad ottenere una tutela piena ed effettiva" (tra le più recenti Consiglio di Stato Sez. III n. 5979/2022). Ora, nel caso di specie l'odierna pronuncia determina già il completo soddisfacimento della pretesa attorea, comportando l'esclusione della controinteressata, precedente aggiudicataria, e valendo quindi ad assegnare, di conseguenza, alla stessa ricorrente l'agognato bene della vita dell'aggiudicazione della commessa.

12) Conclusivamente il ricorso va accolto con riferimento al primo motivo, nella parte in cui è stata chiesta l'esclusione dalla gara della concorrente società Net s.r.l. a causa della indeterminatezza e conseguente inammissibilità dell'offerta tecnica presentata in gara per la mancata individuazione, al suo interno, della potenza complessiva erogata dall'impianto fotovoltaico proposto (il quale, come più volte detto, secondo la previsione della lex

specialis avrebbe dovuto essere almeno pari a 495 kpv).

Per le ragioni esposte, l'offerta della concorrente Net s.r.l. deve dunque essere dichiarata inammissibile, dovendone conseguire l'esclusione di tale concorrente dalla procedura di gara.

12.1) Per l'effetto, a seguito dell'annullamento giurisdizionale in parte qua della graduatoria di gara e della conseguente aggiudicazione alla controinteressata di cui al decreto n. 45153/2023 del 25 ottobre 2023, l'Amministrazione dovrà rettificare gli esiti della procedura di appalto alla luce del contenuto della presente decisione disponendo, pertanto, la nuova aggiudicazione in favore della società ricorrente, con la quale dovrà essere stipulato - previa verifica di legge sulla titolarità dei requisiti - il relativo contratto.

13) Il Tribunale, così concludendo, accoglie pertanto integralmente anche l'istanza risarcitoria in forma specifica proposta dalla ricorrente: questo grazie anche alla pregressa concessione della tutela cautelare, che ha impedito l'esecuzione medio tempore della commessa da parte della controinteressata.

Non v'è quindi luogo a provvedere sulla domanda risarcitoria per equivalente formulata, dalla ricorrente, solo in via subordinata, ossia nel caso di mancato accoglimento della domanda risarcitoria principale.

14) Le spese seguono la soccombenza, e vengono poste solidalmente a carico della società controinteressata e dell'Amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso, e per l'effetto annulla l'impugnata aggiudicazione con gli effetti di cui in motivazione;

- condanna le resistenti, in solido tra loro, alle refusione delle spese di giudizio alla società ricorrente, liquidandole, in quote uguali, nella complessiva somma di € 3.000 oltre accessori di legge, rimborso delle spese generali nella misura del 15% e restituzione, come per legge, del contributo unificato versato.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Roberto Ferrari, Referendario, Estensore

Federico Giuseppe Russo, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 11 MAR. 2024.

Guida alla lettura

Il T.A.R. Campobasso, con la pronuncia in commento, ha fatto applicazione dei principi sanciti dal **CDS, AP, n. 12/2020** che, come noto, ha composto il dibattito in ordine al *dies a quo* per l'impugnazione dell'aggiudicazione.

Al riguardo, l'Adunanza plenaria ha aderito alla tesi per la quale, a tali fini, è necessaria la conoscenza integrale e non essenziale dei provvedimenti lesivi della sfera giuridica dell'interessato, sub specie di aggiudicazione (dispositivo e motivazione) e atti di gara.

La pronuncia del Supremo consesso ha quindi fissato i seguenti principi: *i*) la **pubblicazione generalizzata degli atti di gara**, ivi comprese tutte le valutazioni della commissione di gara, è idonea a far decorrere il termine per impugnare; *ii*) l'**istanza di accesso agli atti** tesa ad acquisire maggiori informazioni per impugnare l'aggiudicazione fa slittare il termine di impugnazione sino al momento dell'ostensione, solo ove funzionale all'acquisizione di documenti necessari per la formulazione di motivi di ricorso; *iii*) le **forme idonee** a far decorrere il termine per impugnare possono essere **previste dal bando**, ma necessitano sempre la comunicazione o pubblicazione degli atti di gara.

In concreto si è poi posta l'esigenza di stabilire da quando decorra il termine per impugnare nel caso in cui per l'impugnazione si renda necessario effettuare l'accesso ai documenti di gara. In argomento sono emerse tre tesi:

- a. il termine in parola decorre da quando il privato viene a conoscenza degli atti di gara, senza che sia necessario che esso abbia fatto accesso agli atti: non è onere suo fare accesso, in quanto compete alla P.A. comunicare gli atti di gara;
- b. il termine in parola decorre da quando esso può fare istanza di accesso, ossia dal giorno successivo alla comunicazione non esaustiva dell'aggiudicazione;
- c. si ritiene ragionevole riconoscere al privato un ragionevole **lasso di tempo di 15 giorni prima di proporre istanza di accesso**, a far data dalla conoscenza del dispositivo dell'aggiudicazione (tesi prevalente).

In omaggio ai principi di cui sopra, la pronuncia in commento ha ritenuto tempestivo il ricorso giudiziale proposto dall'interessato avverso l'aggiudicazione a seguito dell'istanza di ostensione degli atti di gara. E ciò in quanto tale istanza era stata presentata alla stazione appaltante due giorni dopo la pubblicazione dell'aggiudicazione - quindi, sostanzialmente, nell'immediatezza dell'avvenuta conoscenza degli esiti della gara - e essa era diretta ad **acquisire documenti integrativi dell'offerta dell'aggiudicatario e le giustificazioni fornite nel contesto della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta**.

In altre parole, la giurisprudenza ha quindi ribadito come, nella materia dei contratti pubblici e a differenza delle altre materie del diritto amministrativo, **il ricorso al buio deve essere evitato.**