

Pubblicato il 29/05/2025

N. 01720/2025 REG.PROV.COLL.
N. 00671/2025 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 671 del 2025, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società 3.M.C. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01DC07559, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi D'Ambrosio, Ermelinda Pastore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria “G. Martino” di Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fiorella Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Mabe S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizia Turati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della delibera del D. G. dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico “G. Martino” di Messina n. 95 del 16.1.2025, pubblicata in data 20.3.2025 sulla piattaforma utilizzata in gara per le relative comunicazioni ad oggetto “Rettifica aggiudicazione lotti nn. 64, 90 e 137 della procedura aperta di bacino, suddivisa in n. 318 lotti, per la fornitura triennale in somministrazione, con opzione di rinnovo per un ulteriore anno, di dispositivi medici di uso routinario per aziende sanitarie del Bacino Sicilia orientale. Capofila Azienda Universitaria “G. Martino” di Messina. Gara n. 9376963. Rideterminazione nuovo importo triennale, inclusa estensione del quinto, per questa Azienda di € 11.675.625,40 iva inclusa”, limitatamente al lotto 90, (CIG A01DC07559), già aggiudicato alla società 3.M.C. s.p.a. con deliberazione D. G. n. 1334 del 20.12.2024 e che in virtù della citata successiva rettifica è stato aggiudicato alla Mabe s.r.l.;
- della deliberazione dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico “G. Martino” di Messina n. 218 del 30.1.2025, pubblicata in data 21.2.2025 sulla Piattaforma utilizzata in gara per le relative comunicazioni recante “rettifica importi unitari di aggiudicazione lotto n. 90 (...)”, limitatamente al lotto n. 90;
- della deliberazione del D.G. n. 1334 del 20.12.2024 dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico “G. Martino” di Messina nella parte in cui, approvando il verbale n. 6 della seduta pubblica del 5.9.2024, ha consentito alla Mabe s.r.l. di permanere in gara;
- di tutti i verbali di gara relativi al lotto n. 90 delle sedute riservate e pubbliche, nessuno escluso e, in particolare, del verbale n. 6 della seduta pubblica del 5.9.2024, del verbale della seduta pubblica n. 21 del 9.1.2025, nonché dei verbali delle sedute riservate n. 25 del 27.2.2025 e pubblica n. 23 del 18.3.2025, conclusivi degli esiti del procedimento avviato dal Seggio

di gara al fine di riesaminare la documentazione di gara della società Mabe a r.l.;

- comunque, nei limiti dell'interesse, dei verbali nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 e 22, redatti dal seggio di gara, in seduta riservata, rispettivamente nei giorni 17.1.2024, 24.1.2024, 31.1.2024, 7.2.2024, 14.2.2024, 21.2.2024, 28.2.2024, 6.3.2024, 13.3.2024, 20.3.2024, 26.3.2024, 3.4.2024, 10.4.2024, 17.4.2024, 7.5.2024, 15.5.2024, 29.5.2024, 10.6.2024, 15.7.2024, 5.9.2024, 16.10.2024 e 8.11.2024, pubblicati integralmente in unico documento il 7.1.2025, e dei successivi del 27.2.2025 (n. 25) e 12.3.2025 (n. 26) nonché dei verbali nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 redatti dal Responsabile di progetto e dal Responsabile di fase, in seduta pubblica, rispettivamente nei giorni del 8.1.2024, 20.6.2024, 21.6.2024, 27.6.2024, 1.7.2024, 5.9.2024, 10.9.2024, 1.10.2024, 2.10.2024, 4.10.2024, 7.10.2024, 15.10.2024, 17.10.2024, 22.10.2024, 29.10.2024, 31.10.2024, 26.11.2024, 27.11.2024, 28.11.2024 e 29.11.2024, 19.2.2025 e 18.3.2025;

- di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali, ancorché non conosciuti, nonché per la declaratoria di nullità del contratto ove medio tempore stipulato tra le parti ai sensi e per gli effetti degli artt. 122 e 124, d. lgs. n. 104/2010 e per l'accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica volta a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto *de quo* e conseguente sottoscrizione del contratto previa, ove occorra e in ipotesi di intervenuta sottoscrizione del contratto con l'aggiudicataria in esecuzione dei provvedimenti impugnati, dichiarazione di inefficacia e accoglimento della domanda di subentro qui espressamente proposta;

B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Società 3.M.C. S.p.a. il 4/4/2025:

per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore Generale n. 698 del 27.3.2025, pubblicata

sul-la piattaforma utilizzata per la gara in data 1°4.2025, ad oggetto “approvazione verbali sedute pubbliche del 19.02.2025 e del 13.03.2025 procedura aperta, suddivisa in 318 lotti, per la fornitura triennale in somministrazione, con opzione di rinnovo annuale, di D.M. di uso routinario del Bacino Sicilia Orientale. Gara n. 9376963. Determinazione sui lotti nn. 222, 90, 234, 236, 198, 247, 82, 289 e 136. Nuovo importo triennale, inclusa estensione del quinto ed utilizzo opzione di rinnovo, € 152.648.881,49 + iva, di cui € 9.253.636,85 + iva per questa AOU” nella parte in cui per il lotto 90 dispone la “conferma dell'aggiudicazione nei confronti della ditta Mabe s.r.l. (...)”;

- di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali, ancorché non conosciuti;

C) Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Mabe S.r.l. il 2/5/2025:

per l'annullamento

- di tutti i verbali di gara relativi al lotto 90 delle sedute riservate e pubbliche, nessuno escluso e in particolare dei verbali n. 14 del 17.4.2024 nella parte in cui, con riferimento al lotto 90, il Seggio di gara dichiara, dopo attenta esamina della documentazione di gara presentata da 3 M.C. s.p.a. che i prodotti offerti da quest'ultima risultano conformi sotto il profilo tecnico con quanto richiesto ne capitolato, del verbale n. 3 del 21.6.2024, nella parte in cui, sul presupposto dell'avvenuta verifica positiva dell'offerta tecnica del lotto 90 di 3 M.C. s.p.a., ammette quest'ultima alla verifica economica della sua offerta; del verbale n. 13 del 17.10.2024 nella parte in cui si dà atto che la documentazione presentata da 3M.C. s.p.a. risulta conforme con quanto richiesto nel disciplinare di gara, del verbale n. 14 del 22.10.2024 nella parte in cui 3MC s.p.a. risulta prima in graduatoria per il lotto 90, del verbale n. 17 del 26.11.2024 nella parte in cui, con riferimento al lotto 90, confermata la conformità della documentazione

amministrativa anche di 3 M.C. s.p.a., da atto che la ditta 3 M.C. s.p.a. è prima in graduatoria e del verbale n. 21 del 9.1.2025 nella parte in cui, nella rideterminazione della graduatoria, pone, al secondo posto, per il lotto 90, 3 M.C. s.p.a.;

- della deliberazione del D.G. n. 1334 del 20.12.2024 dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "G. Martino" di Messina nella parte in cui, valutata la congruità sotto il profilo tecnico dell'offerta di 3 M.C. s.p.a. e approvati i relativi atti di gara di 3 M.C. s.p.a., aggiudicava a quest'ultima il lotto 90;

- della deliberazione del D.G. n. 95 del 16.1.2025 nella parte in cui, limitatamente al lotto 90 e richiamando il verbale di gara n. 21 del 9.1.2025 pone al secondo posto della graduatoria la 3 M.C. s.p.a.;

- comunque, nei limiti dell'interesse con riferimento al lotto 90, dei verbali n. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 e 22, redatti dal seggio di gara, in seduta riservata, rispettivamente nei giorni 17.1.2024, 24.1.2024, 31.1.2024, 7.2.2024, 14.2.2024, 21.2.2024, 28.2.2024, 6.3.2024, 13.3.2024, 20.3.2024, 26.3.2024, 3.4.2024, 10.4.2024, 17.4.2024, 7.5.2024, 15.5.2024, 29.5.2024, 10.6.2024, 15.7.2024, 5.9.2024, 16.10.2024 e 8.11.2024, pubblicati integralmente in unico documento il 7.1.2025, e dei successivi del 27.2.2025 e 12.3.2025;

- nonché dei verbali n. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 redatti dal Responsabile di progetto e dal Responsabile di fase, in seduta pubblica, rispettivamente nei giorni del 8.1.2024, 20.6.2024, 21.6.2024, 27.6.2024, 1.7.2024, 5.9.2024, 10.9.2024, 1.10.2024, 2.10.2024, 4.10.2024, 7.10.2024, 15.10.2024, 17.10.2024, 22.10.2024, 29.10.2024, 31.10.2024, 26.11.2024, 27.11.2024, 28.11.2024 e 29.11.2024, 19.2.2025 e 18.3.2025;

- di tutti gli atti presupposti, connessi, consequenziali, ancorché non conosciuti e concernenti la procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 71 del

d. lgs. 36/2023, in ambito di Bacino, suddivisa in 318 lotti, per la fornitura triennale in somministrazione, con opzione di rinnovo per un ulteriore anno, di dispositivi medici di uso routinario occorrente alle aziende sanitarie del Bacino Sicilia orientale. Capofila Azienda ospedaliera universitaria “G. Martino” di Messina. Gara n. 9376963, con riferimento al lotto 90.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mabe S.r.l. e dell’Azienda Ospedaliera Universitaria “G. Martino” di Messina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2025 il dott. Daniele Profili e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Il Policlinico resistente ha indetto una procedura di gara aperta, suddivisa in 318 lotti, *“per la fornitura triennale in somministrazione, con opzione di rinnovo per un ulteriore anno, di dispositivi medici di uso routinario”*, in qualità di Amministrazione capofila.

Ai fini dell’odierna causa, risulta essere di interesse il solo lotto n. 90, di interesse ai fini di causa, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell’art. 108, co. 4, del d.lgs. n. 36/2023.

I prodotti da offrire come fornitura nell’ambito del lotto n. 90 erano i seguenti: A) *“LENZUOLINI MEDICI IN ROTOLO per lettiga in pura cellulosa, doppio velo, misura cm 60x100 mt circa, strappi ogni 60 cm circa grammatura non inferiore a 30 g/m2 per ciascun velo (nel caso di lunghezza inferiore sarà valutato il costo a mt)”*; B) *“LENZUOLINI MONOUSO IN T.N.T. colore bianco cm 140x240 circa, grammatura non inferiore a 30 g/m2”*; C) *“FEDERE*

MONOUSO IN T.N.T. colore bianco cm 55X80 circa, grammatura non inferiore a 30 g/m².

All'atto dell'apertura delle buste economiche l'odierna società ricorrente si posizionava al secondo posto mentre il primo posto veniva assegnato alla società controinteressata.

Quest'ultima, con nota del 13 luglio 2024, comunicava alla stazione appaltante di rinunciare all'offerta presentata relativamente a diversi lotti, tra cui anche il n. 90.

Appena quattro giorni dopo, tuttavia, la medesima società inviava all'Amministrazione una comunicazione di rettifica, precisando di aver rinunciato al lotto n. 90 per mero errore materiale.

Nella successiva seduta di gara del 5 settembre 2024, la Commissione, così come chiesto dalla controinteressata, non teneva conto della sua precedente rinuncia, formulata per errore, confermandola così al primo posto della graduatoria relativa al lotto n. 90 (verbale n. 6 del 5.9.2024).

In data 24 dicembre 2024, con atto n. 1334, l'Amministrazione adottava quindi il provvedimento di aggiudicazione dell'intera procedura, suddivisa in 318 lotti, nominando tuttavia aggiudicataria, avuto riguardo al lotto di interesse, non la società controinteressata, posizionatasi prima in graduatoria, quanto piuttosto la società ricorrente, occupante la seconda posizione.

A seguito di comunicazione pervenuta dalla società controinteressata il 7 gennaio 2025, l'Amministrazione resistente prendeva atto dell'errore materiale commesso nell'aver aggiudicato la commessa alla società seconda classificata, e non alla prima, motivo per cui, con delibera del 16 gennaio 2025, così come preannunciato nel verbale di seduta pubblica n. 21 del 9 gennaio 2025, adottava un provvedimento di rettifica della precedente aggiudicazione, nominando aggiudicataria del lotto n. 90 la parte controinteressata.

Quest'ultimo atto rappresenta il provvedimento principale impugnato dall'odierna parte ricorrente con il ricorso introduttivo unitamente agli altri atti presupposti.

Tale ditta, in particolare, il 21 gennaio 2025 presentava istanza di accesso all'offerta tecnica della controinteressata e, una volta ricevuta la documentazione chiesta, informava l'Amministrazione della discrasia sussistente tra il codice prodotto indicato in sede di offerta e richiesto dal bando (CND) rispetto a quello riportato nella certificazione CE, avuto riguardo ad uno dei prodotti offerti dalla controinteressata.

L'Amministrazione a questo punto, rilevata l'incongruenza dei codici CND anche per gli altri due prodotti, formulava una richiesta di chiarimenti rivolta alla società aggiudicataria, rispetto ai quali, nella seduta pubblica del 18 marzo 2025, si determinava come segue *“a seguito del riscontro acquisito dalla ditta Mabe s.r.l. in merito alla richiesta di chiarimenti circa il CND indicato in scheda tecnica per il lotto 90, il seggio, nella seduta riservata del 27.2.2025, riesaminata la documentazione tecnica presentata dalla ditta Mabe s.r.l. ha confermato la congruità tecnica dell'offerta. Il RUP, pertanto, per l'effetto di quanto sopra, conferma l'aggiudicazione del lotto 90 in favore della ditta Mabe”*.

Il 20 marzo 2025 parte ricorrente formulava un'ulteriore istanza di accesso agli atti, alla quale faceva seguito, in data 20 marzo 2025, la pubblicazione sulla piattaforma di gara della delibera n. 95 del 16 gennaio 2025, con cui è stato rettificato il provvedimento di aggiudicazione n. 1334 del 24 dicembre 2024, individuandosi la controinteressata quale aggiudicataria in luogo della società ricorrente.

1.2. Con il ricorso principale vengono dedotti i seguenti motivi di gravame:

I) *Violazione dell'art. 1, art. 2, art. 3, art. 4 e art. 5, d. l.vo n. 36/2023. Violazione dell'art. 17, d. l.vo n. 36/2023. Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento.*

Secondo la prospettazione di parte ricorrente l'Amministrazione resistente avrebbe violato i principi di fiducia e di risultato in materia di procedure ad evidenza pubblica, rilevanti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023.

Nello specifico, la società ricorrente ritiene che la controinteressata, dopo la rinuncia alla sua offerta, non avrebbe potuto essere riammessa in gara, venendo in rilievo un atto di rinuncia che si perfeziona senza l'accettazione della controparte e che, una volta giunto al destinatario, non potrebbe più essere messo in discussione mediante un ripensamento postumo.

II) *Violazione dell'art. 7, l. 7.8.1990, n. 241. Violazione dell'art. 90, d. l.vo n. 36/2023. Violazione dell'art. 2.3 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento. Sviamento.*

Col secondo mezzo di impugnazione parte ricorrente lamenta l'omessa comunicazione di avvio del procedimento conclusosi con la rettifica del provvedimento di aggiudicazione originario adottato in suo favore (n. 1334 del 24 dicembre 2024).

III) *Violazione dell'art. 79 e dell'all. II.5, d. l.vo n. 36/2023. Violazione del Capitolato sub lotto 90. Violazione dell'art. 15, sub lett. D e dell'art. 13 del disciplinare di gara. Violazione degli artt. 1 e 3, l. 7.8.1990, n. 241. Violazione del principio dell'autovincolo. Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento. Sviamento.*

Per quanto attiene al CND dei prodotti contemplati dal bando di gara, parte ricorrente ritiene che la controinteressata avrebbe prodotto delle certificazioni CE non conformi, in quanto riferite a codici diversi.

Nello specifico, per quanto attiene ai prodotti *sub* A, B e C relativi al lotto n. 90 di cui si discorre, la *lex specialis* prevedeva la loro riconducibilità nell'ambito del CND T0305.

Parte controinteressata, invece, pur indicando in sede di offerta detto

codice a margine dei prodotti offerti, avrebbe poi presentato delle certificazioni CE riferite a diversi CND (V9099 per il prodotto A e C0299 per i prodotti B e C).

In sede di chiarimenti chiesti dalla s.a., la medesima società avrebbe precisato come, per il prodotto A, sarebbe stata caricata sulla piattaforma, in sede di presentazione dell'offerta e per mero errore materiale, una dichiarazione di conformità del produttore relativa ad un prodotto diverso, dovendosi ritenere che la corretta dichiarazione di conformità, riferita al CND T0299, sarebbe stata già in possesso dell'operatore economico, come dimostrato dalla circostanza che la medesima fosse stata già depositata avuto riguardo ai restanti prodotti B e C.

Per quanto attiene, poi, alla discrasia tra il CND indicato in sede di gara (T0305) e quello riportato nelle prefate dichiarazioni di conformità (T0299), parte controinteressata ha precisato come i dispositivi medici oggetto di offerta per le voci A, B e C, sarebbero classificabili, per loro natura e caratteristiche, in entrambe le classi sopra indicate.

Orbene, parte ricorrente contesta l'operato della s.a. che avrebbe, anzitutto, richiesto dei chiarimenti alla controinteressata in luogo di procedere alla sua esclusione.

In secondo luogo, poi, in disparte la dichiarazione confessoria di non aver presentato la prescritta certificazione CE per il prodotto *sub* A, la ditta controinteressata avrebbe giustificato la discrepanza tra i codici CND dei prodotti offerti rispetto a quello richiesto dal bando sulla scorta di un'asserita equivalenza tra gli stessi che non sarebbe ipotizzabile in radice.

1.3. Con successivi motivi aggiunti parte ricorrente ha poi impugnato anche la deliberazione del Direttore Generale n. 698 del 27.3.2025, pubblicata sulla piattaforma utilizzata per la gara in data 01.04.2025, avente ad oggetto *“approvazione verbali sedute pubbliche del 19.02.2025 e del 13.03.2025 procedura aperta, suddivisa in 318 lotti, per la fornitura triennale in somministrazione, con*

opzione di rinnovo annuale, di D.M. di uso routinario del Bacino Sicilia Orientale. Gara n. 9376963. Determinazione sui lotti nn. 222, 90, 234, 236, 198, 247, 82, 289 e 136. Nuovo importo triennale, inclusa estensione del quinto ed utilizzo opzione di rinnovo, € 152.648.881,49 + iva, di cui € 9.253.636,85 + iva per questa AOU”, nella parte in cui, per il lotto n. 90, ha disposto la “conferma dell’aggiudicazione nei confronti della ditta Mabe s.r.l. (...)”, estendendo i motivi di gravame dedotti in seno al ricorso principale anche ai nuovi provvedimenti impugnati.

2. Si è costituita in giudizio l’Amministrazione resistente che ha, anzitutto, eccepito l’irricevibilità del ricorso principale e ciò in quanto che la controinteressata fosse prima in graduatoria la società ricorrente ne avrebbe avuto contezza già a partire dall’apertura delle buste economiche, ossia dal 21 giugno 2024, ovvero, comunque, dal 5 settembre 2024, senza che abbia tempestivamente impugnato detti atti.

In secondo luogo, poi, la delibera n. 95 del 16 gennaio 2025, con cui è stata disposta la rettifica dell’aggiudicazione, sarebbe stata pubblicata sul sito aziendale già il 18.01.2025, con conseguente tardività dell’atto introduttivo del giudizio notificato alle controparti solo in data 24 marzo 2025.

Nel merito, il Policlinico resistente ha poi chiesto il respingimento del gravame in quanto comunque infondato nel merito.

3. Si è costituita in giudizio anche la società controinteressata che, oltre ad eccepire, anch’essa, l’irricevibilità del ricorso introduttivo e, comunque, la sua infondatezza nel merito, ha notificato alle controparti e depositato in giudizio ricorso incidentale, indicando un possibile profilo di esclusione dell’offerta tecnica presentata dalla parte ricorrente.

Nello specifico, secondo la prospettazione della controinteressata, la società ricorrente avrebbe offerto un prodotto non conforme rispetto alle specifiche tecniche minime prescritte dalla *lex specialis*, tenuto conto che, per quanto attiene al prodotto B, sarebbe stato offerto un bene con una

grammatura di “16 g/m² per ciascun velo”, quando le specifiche tecniche imponevano agli operatori economici di offrire prodotti con una grammatura minima, per ciascun velo, di 30 g/m².

Venendo in rilievo un caso di *aliud pro alio*, la società ricorrente avrebbe dovuto pertanto essere esclusa dalla gara, non potendosi paventare l'applicabilità del principio dell'equivalenza avuto riguardo a specifiche minime di dettaglio espressamente prescritte dagli atti di gara.

4. Con memoria del 19 maggio 2025 la società ricorrente ha preso posizione sugli scritti difensivi depositati dalle controparti, insistendo per l'accoglimento delle proprie ragioni.

5. Alla camera di consiglio del 21 maggio 2025, previo avviso reso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come trascritto a verbale, la causa è passata in decisione per la sua definizione con sentenza breve.

6. Il Collegio deve prendere le mosse dall'eccezione di tardività del ricorso principale sollevata dalle controparti.

L'eccezione è infondata.

Per quanto attiene alla pregressa conoscenza del posizionamento all'apice della graduatoria della controinteressata, a partire dal verbale di apertura delle buste economiche ovvero del successivo verbale del 5 settembre 2024, il Collegio deve rilevare come detti atti abbiano natura endoprocedimentale e, per tale ragione, non possano essere ritenuti immediatamente impugnabili, dovendo la reazione processuale dell'operatore economico asseritamente leso dai loro contenuti necessariamente attendere l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione finale, ossia del provvedimento finale lesivo che chiude la procedura ad evidenza pubblica.

Nel caso in esame, peraltro, l'interesse a ricorrere di parte ricorrente è sorto, non già, all'atto dell'adozione della delibera di aggiudicazione n. 1334 del 24 dicembre 2024, quanto piuttosto a seguito della sua rettifica disposta dall'Amministrazione con successiva delibera n. 95 del 16 gennaio 2025,

posto che è con quest'ultima determinazione che il bene della vita è stato assegnato alla società controinteressata in luogo che alla ricorrente.

Al riguardo, l'art. 120 c.p.a. prevede come il termine per impugnare decorra *“...per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei **contratti pubblici**, (...) oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice dei **contratti pubblici**”*.

Nel caso in esame non risulta agli atti, così come contestato dalla parte ricorrente e in assenza di replica dell'Amministrazione resistente, che di tale determinazione di rettifica sia stata data comunicazione agli operatori economici ai sensi dell'art. 90, del d.lgs. n. 36/2023, così come risulta dimostrato che tale atto sia stato (solo) pubblicato sulla piattaforma informatica utilizzata dalla p.a. per l'espletamento della procedura di gara, ai sensi dell'art. 36 del nuovo codice dei **contratti pubblici**, in data 20 marzo 2025.

Alla luce del dettato normativo sopra riportato, la pubblicazione del provvedimento di rettifica dell'aggiudicazione, avversato nell'odierna sede processuale, sul sito internet dell'Amministrazione in luogo che sulla piattaforma utilizzata per la procedura di gara, non è in grado di far decorrere il termine per l'impugnazione ai sensi di quanto previsto dal codice di rito amministrativo, dovendosi ritenere il ricorso principale tempestivamente notificato e depositato nell'ambito dell'odierno giudizio.

7. Superate le questioni preliminari di rito e venendo al merito della controversia, il Collegio ritiene di prendere le mosse dallo scrutinio delle censure proposte con il ricorso principale, successivamente estese anche ai motivi aggiunti, tenuto conto che l'orientamento pretorio suggerito dalla parte controinteressata, secondo cui la precedenza nella trattazione spetterebbe al ricorso incidentale escludente, con discendente improcedibilità del ricorso principale in caso di suo accoglimento, risulta

essere stato ormai superato alla luce dei chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e seguiti dalla successiva giurisprudenza amministrativa (cfr. CGUE C-100 del 4 luglio 2013 e C338/2018; Cons. Stato, Adun. Plen. nn. 7/2014 e 6/2018).

Del resto, come già rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, l'applicazione di norme comunitarie, così come interpretate dalla CGUE, nell'ambito dell'ordinamento nazionale in materia di appalti, ha determinato la rilevanza di interessi legittimi "eterogenei" nello svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, essendo meritevole di tutela sia l'interesse legittimo "finale" ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia quello "strumentale" alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato.

In un contesto di tal fatta, dunque, la questione dell'ordine di trattazione tra ricorso principale e incidentale deve essere risolta a favore del primo, tenuto conto che *"mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe comunque di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali"* (T.A.R. Veneto, n. 1943/2023).

8. Con la prima censura parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'azione amministrativa consistente nell'aver riammesso in gara la ditta controinteressata dopo che questa aveva dichiarato di voler rinunciare all'offerta presentata anche per il lotto n. 90.

La doglianza non coglie nel segno.

Il ragionamento di parte ricorrente, secondo cui una rinuncia all'offerta si perfezioni senza necessità dell'accettazione del destinatario, producendo sin da subito un effetto abdicativo non sanabile da un successivo ripensamento, è corretto in astratto ma non si attaglia al caso in esame dove, a ben vedere, la società controinteressata non ha ripresentato una

nuova offerta *re melius perpensa*, in conseguenza di una rinuncia a quella originaria, ma ha semplicemente notiziato l'Amministrazione resistente, in maniera tempestiva, dell'esistenza di un errore materiale contenuto nella sua precedente comunicazione di rinuncia avente ad oggetto più lotti di gara, nella quale era stato erroneamente ricompreso anche il lotto n. 90.

A venire in rilievo, dunque, è un errore ostativo che si sostanzia nell'esternazione di una volontà difforme da quella realmente voluta dal dichiarante per effetto di un errore compiuto nella redazione dell'atto di rinuncia.

La presenza di un mero errore materiale, e non di un ripensamento, risulta essere avallata nel caso in esame, da un lato, dal fatto che la società controinteressata, con la sua comunicazione originaria, avesse rinunciato all'offerta in precedenza presentata per più lotti, e non per uno soltanto e, dall'altro lato, dalla tempestività con cui, solo quattro giorni dopo, la medesima ditta ha comunicato alla p.a. l'errore materiale commesso.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla parte ricorrente, peraltro, i principi di fiducia e di risultato che ammantano la disciplina dei **contratti pubblici** dopo l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, non si pongono in antitesi con l'operato dell'Amministrazione, rappresentando, per converso, fertile sostrato per giustificare la condivisibile scelta effettuata di tenere in non cale la rinuncia all'offerta presentata dalla parte controinteressata.

Del resto, la rettifica è giunta appena quattro giorni dopo la comunicazione di rinuncia, non avendo inficiato alcun atto endoprocedimentale e non avendo fatto maturare neppure alcun affidamento nei confronti degli altri operatori economici, deponendo anche il principio del *favor participationis*, oltre a quelli sopra indicati, nel senso della non esclusione della società controinteressata per effetto di un mero errore formale compiuto in una comunicazione indirizzata alla s.a., peraltro tempestivamente rettificata.

La prima censura non può dunque trovare accoglimento.

9. Col secondo mezzo di impugnazione parte ricorrente lamenta l'omessa comunicazione di avvio del procedimento che ha portato all'adozione della determinazione n. 95 del 16 gennaio 2025, con cui è stato rettificato il precedente provvedimento di aggiudicazione n. 1334 del 24 dicembre 2024 in suo favore.

La censura non può trovare l'avallo del Collegio.

Nel caso in esame a venire in rilievo non è l'esercizio di un potere di autotutela decisoria da parte dell'Amministrazione (annullamento d'ufficio o revoca), quanto piuttosto una mera correzione di un errore materiale di cui è risultato affetto un precedente provvedimento amministrativo.

Solo nel primo caso, invero, l'Amministrazione, mediante l'attivazione di un procedimento di secondo grado, rimette in gioco l'assetto degli interessi delineato dalla precedente determinazione adottata, mediante nuove valutazioni in punto di legittimità dell'atto (art. 21-*nonies*, l.n. 241/90) ovvero di opportunità e interesse (art. 21-*quinquies*, l.n. 241/90), dovendosi rilevare come ciò non accada invece allorquando, così come occorso nella fattispecie in esame, l'Amministrazione si avveda *ex post* di errori materiali che inficino propri provvedimenti che necessitino di una rettifica, in quanto l'azione amministrativa, in questo caso, non ha ad oggetto una rivalutazione sostanziale della sua pregressa determinazione ma solo l'eliminazione di un mero errore che affligge il provvedimento.

Nello specifico, la rettifica si distingue profondamente dall'annullamento d'ufficio e dalla revoca, non avendo natura di vero e proprio provvedimento di riesame e non essendo assoggettata alla disciplina di cui agli artt. 21-*nonies* e 21-*quinquies* della l. n. 241/1990, in quanto non riguarda atti affetti da vizi di merito o di legittimità e non presuppone alcuna valutazione, più o meno discrezionale, in ordine alla modifica del precedente operato della p.a., avendo piuttosto natura doverosa, in luogo

della discrezionalità insita nel potere di annullamento d'ufficio o di revoca, non comportando nessuna rivalutazione tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 213/2021).

La comunicazione di avvio del procedimento, intesa quale strumento atto a rendere effettiva presso i terzi interessati la conoscenza di un determinato procedimento, consentendovi la loro partecipazione, è prevista dall'art. 7 della l.n. 241/90 e si applica ai procedimenti amministrativi, compresi quelli di secondo grado, quale precipitato del principio del *contrarius actus* che permea l'esercizio del potere di autotutela decisoria.

Tuttavia, laddove l'Amministrazione non eserciti un potere discrezionale di autotutela ma si limiti ad eliminare degli errori involontari contenuti in un precedente provvedimento mediante la rettifica di un errore materiale, come occorso nel caso di specie, non sussistono ragioni per pretendere alcuna riattivazione procedimentale che passi dalla previa comunicazione di avvio della procedura, atteso il carattere vincolato e doveroso della rettifica, rispetto al quale l'apporto dei privati non potrebbe determinare un esito diverso.

Del resto, nel caso in esame l'errore in cui è incorsa l'Amministrazione nel provvedimento di aggiudicazione n. 1334 del 24 dicembre 2024 risulta essere evidente oltre ad essere facilmente rilevabile dal contenuto dei precedenti atti endoprocedimentali, dai quali emerge, in maniera pacifica, il collocamento al primo posto della graduatoria della ditta controinteressata, con ciò significando che, in assenza di provvedimenti di esclusione del medesimo operatore economico, l'aggiudicazione non avrebbe potuto se non essere disposta in favore di quest'ultima, e non in di parte ricorrente, così come effettuato dalla p.a. in prima battuta per mero errore.

Per tali ragioni anche la seconda doglianza risulta destituita di fondamento.

10. Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'azione amministrativa per non aver escluso l'offerta di parte ricorrente

in quanto: i) per il prodotto A, avrebbe allegato all'offerta tecnica una dichiarazione di conformità CE relativa ad un altro bene; ii) ad ogni modo, per i prodotti B e C (così come per il prodotto A, dopo i chiarimenti chiesti dalla s.a.) risulta che la ditta controinteressata abbia offerto dei beni non conformi a quanto chiesto dalla *lex specialis*, in quanto contrassegnati, come da dichiarazioni di conformità, dal CND T0299 e non da quello richiesto (T0305).

Anche la terza censura non coglie nel segno.

Partendo dal prodotto A, parte ricorrente ha provveduto a rettificare un mero errore compiuto nell'allegazione della dichiarazione di conformità alla sua offerta tecnica che, invero, riguardava un altro prodotto.

I chiarimenti chiesti sul punto dall'Amministrazione sono stati prontamente riscontrati dall'operatore economico, non potendosi ritenere, come per converso sostenuto dalla parte ricorrente, che l'integrazione postuma di un documento allegato all'offerta tecnica, in precedenza erroneamente caricato sulla piattaforma, possa determinare una inammissibile modifica dell'offerta, rientrando piuttosto nel potere di soccorso istruttorio dell'Amministrazione quello di consentire la mera regolarizzazione di atti e/o documenti di gara, evitando esclusioni di operatori economici per meri errori di carattere formale.

Sul punto, in particolare, l'art. 101, co. 3, del d.lgs. n. 36/2023 prevede come *“La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante ... I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica”*.

Orbene, nel caso in esame non si ravvisano i paventati vizi di legittimità dell'azione amministrativa, tenuto conto che i chiarimenti resi dalla s.a. sono stati riscontrati dalla società controinteressata senza modificare i

contenuti dell'offerta tecnica, precisando le ragioni della discrasia sussistente tra il prodotto A offerto e la certificazione di conformità allegata all'istanza.

Venendo al secondo aspetto, parte ricorrente avversa l'operato della s.a. che ha ritenuto meritevoli di favorevole apprezzamento i chiarimenti resi dalla società controinteressata avuto riguardo al diverso CND indicato nella dichiarazione di conformità dei prodotti offerti (T0299) in luogo di quello previsto dal capitolato (T0305).

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, in particolare, non potrebbe essere valorizzata alcuna equivalenza tra due prodotti classificati da un diverso CND che, già solo per questo aspetto, rientrerebbero in categorie diverse e, dunque, non equiparabili.

Sul punto, il Collegio ritiene diversamente come la differente classificazione secondo il Codice Nazionale dei Dispositivi medici (CND) - e analogamente secondo il sistema EMDN - non sia di per sé ostativa al riconoscimento dell'equivalenza tecnica, quando questa sia stata positivamente verificata attraverso la documentazione tecnica che ne attesti la sostanziale fungibilità in termini di caratteristiche prestazionali e funzionali.

Dalla documentazione tecnica allegata all'offerta di parte ricorrente, invero, emerge come i prodotti offerti (A, B, C) siano esattamente, per caratteristiche e funzioni, coincidenti con quelli chiesti dall'Amministrazione resistente in sede di gara, così come gli stessi risultano forniti di adeguata certificazione di conformità CE che ne legittima la commerciabilità nell'ambito dell'Unione Europea.

Per quanto attiene ai CND, va rilevato come rispetto a quello previsto dalla documentazione di gara (T0305) siano ricompresi prodotti relativi a *“Protezioni per locali adibiti a prestazioni sanitarie”*, mentre nell'ambito del diverso codice indicato dalla parte controinteressata (T0299) siano da

includersi “*Teli ed indumenti di protezione – altri*”.

Non pare quindi meritevole di apprezzamento la censura di parte ricorrente nella parte in cui da quest’ultimo CND vorrebbe far derivare, quale necessaria conseguenza, la circostanza che la ditta controinteressata avrebbe offerto prodotti diversi da quelli richiesti dall’Amministrazione, in quanto rientranti nel *genus* dei grembiuli, tenuto conto, da un lato, che il citato CND T0299 non indica solo indumenti di protezione ma anche teli di protezione e, dall’altro lato, che dalla scheda tecnica dei prodotti allegati all’offerta di parte controinteressata si evince come i beni offerti siano conformi a quanto desiderato dall’Amministrazione.

La mera classificazione di tali prodotti, da parte del produttore, all’interno di un CND diverso da quello indicato dalla stazione appaltante, in sede di ottenimento della certificazione CE, non preclude all’Amministrazione di valutare la piena conformità dei beni offerti da un operatore economico, laddove questi soddisfino comunque, al di là del mero dato formale del codice di classificazione, i bisogni paventati col bando di gara e resi conoscibili ai concorrenti.

11. Per le suesposte ragioni il ricorso principale e i motivi aggiunti vanno respinti in quanto infondati, con conseguente improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale.

12. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sui motivi aggiunti e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- 1) respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti;
- 2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore delle controparti che si liquidano in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, se dovuti, da dividersi in parti uguali tra Amministrazione resistente e società controinteressata.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Primo Referendario, Estensore

Francesco Fichera, Referendario

L'ESTENSORE
Daniele Profili

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO