

ACCESSO AGLI ATTI - APPALTI: TAR Veneto, Sezione Prima, sentenza 10 maggio 2025 n. 768.

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Appalto di fornitura — Istanza di accesso ai documenti -Diniego espresso o tacito all'ostensione –Rito ordinario ex art 116 c.p.a. Applicabilità – Rito accelerato ex art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 - Applicabilità soltanto alle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte.

Nel caso in cui la stazione appaltante, contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione, non renda disponibile attraverso la piattaforma digitale la documentazione di gara prevista dai commi 1 e 2 dell'articolo 36 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, la richiesta di accesso dell'operatore economico interessato è regolata dall'ordinario procedimento disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, con conseguente applicazione, in caso di diniego espresso o tacito all'ostensione, dell'articolo 116 c.p.a., non essendo in tal caso applicabile il rito accelerato previsto dall'articolo 36, comma 4, del decreto legislativo n. 36 del 2023. (1).

In motivazione la sezione ha precisato che l'unico rimedio previsto dal codice dei contratti pubblici per il caso di ostensione parziale degli atti di gara è contenuto nell'art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 il quale, però, si riferisce soltanto all'impugnazione delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte, indicate dagli operatori.

(1) Conformi: T.a.r. per il Veneto, sez. I, 10 marzo 2025, n. 327; T.a.r. per il Lazio, sez. II ter, 2 dicembre 2024, n. 21628.

Difformi: T.a.r. per la Campania, sez. V, 23 maggio 2025, n. 3951; 23 maggio 2025, n. 3953; T.a.r. per l'Abruzzo, 11 novembre 2024, n. 470 secondo cui tutte le decisioni sulle eventuali richieste di oscuramento, implicite od esplicite, devono essere impugnate con il rito accelerato previsto dall'art. 36, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, quindi entro il termine decadenziale di dieci giorni, decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Legnago Servizi s.p.a. e di Adriatica Commerciale Macchine s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 aprile 2025 il dott. Alberto Ramon 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 il ricorso in epigrafe, notificato il 13 febbraio 2025 e depositato il 14 febbraio 2025, C.G.T. Compagnia Generale Trattori s.p.a. (d'ora innanzi, anche C.G.T.) ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione oltreché tutti gli atti ad esso connessi riguardanti la procedura aperta bandita da Legnago Servizi s.p.a. “*per l'affidamento della fornitura di una pala cingolata idrostatica nuova con allestimento per movimentazione rifiuti comprensiva di servizio di manutenzione «full service» per*

un periodo di 5 anni” (CIG B3F21A761B), per un importo a base di gara pari ad € 452.300,00, comprensivo degli oneri per la sicurezza e per la manodopera.

La procedura si è svolta ai sensi dell’art. 71 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell’art. 108, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023.

Per quanto di interesse nel presente giudizio, l’art. 3 del disciplinare prevedeva, quale oggetto dell’appalto, non solo *“la fornitura della pala cingolata idrostatica nuova”, “finanziata mediante contratto di leasing”* di durata pari a 60 mesi, ma anche *“il servizio di noleggio a freddo di una pala cingolata con caratteristiche analoghe sino alla consegna del nuovo e il relativo servizio di manutenzione «full service»”*.

Alla procedura selettiva hanno partecipato due operatori economici: C.G.T. e Adriatica Commerciale Macchine s.r.l. (d’ora innanzi, anche A.C.M.).

In seguito alla valutazione delle offerte, è risultata prima in graduatoria A.C.M., con un punteggio di 77,917, seguita da C.G.T., con un punteggio di 49,198.

Di conseguenza, la stazione appaltante, con provvedimento del 12 dicembre 2024, ha aggiudicato la procedura all’operatore economico selezionato, dandone in pari data comunicazione a entrambe le concorrenti mediante la piattaforma di approvvigionamento e tramite l’invio di una PEC e di una e-mail.

Con istanza trasmessa via PEC il 10 gennaio 2025, C.G.T. ha chiesto alla stazione appaltante *“ai sensi degli artt. 22 e seguenti della L. n. 241 del 07/08/1990 e s.m.i., di consentire l’esercizio di diritto di accesso, mediante visione ed estrazione di copia della seguente documentazione di gara: - copia della deliberazione di indizione della procedura di gara; - copia della deliberazione di nomina della Commissione di gara; - copia di tutti i verbali di gara, ivi compresi quelli relative alle sedute riservate; - copia della documentazione amministrativa, documentazione tecnica e offerta economica presentata da Adriatica Commerciale Macchine srl: con particolare riferimento alla Scheda Tecnica della pala cingolata; - documentazione di comprova sul possesso dei requisiti auto-dichiarati; - copia della richiesta di giustificazioni inviata alla società aggiudicataria, nonché delle giustificazioni presentate da tale società e del provvedimento di valutazione della congruità dell’offerta adottato dal RUP e/o dalla Commissione; - copia di eventuali richieste di chiarimenti formulate alle ditte concorrenti e relative risposte e/o documenti integrativi; - copia del provvedimento di aggiudicazione provvisoria (ove disposto) e di aggiudicazione definitiva”*.

Con nota trasmessa via PEC il 21 gennaio 2025, Legnago Servizi s.p.a. ha dato riscontro alla suddetta richiesta, informando C.G.T. *“in riferimento alla nomina della Commissione giudicatrice, ai verbali di gara e alla richiesta di chiarimenti [...] che gli stessi sono reperibili nell’apposita sezione dedicata*

del Portale Appalti”, di cui veniva indicato il *link*. L’Amministrazione ha poi specificato che “*il provvedimento di aggiudicazione è invece stato inviato a mezzo PEC in data 12/12/2024*”, comunicando infine “*per quanto concerne la documentazione inerente all’offerta tecnica e all’offerta economica presentata dalla concorrente Adriatica Commerciale Macchine s.r.l. [che] la stessa viene allegata alla presente missiva*”.

Successivamente, Legnago Servizi s.p.a. e A.C.M. hanno stipulato, il 30 gennaio 2025, il contratto d’appalto di cui è causa.

2. Avverso gli atti impugnati, C.G.T. ha proposto due motivi di ricorso – volti a contestare la conformità dell’offerta tecnica risultata vincitrice alla *lex specialis* – entrambi così rubricati: “*Violazione degli artt. 1, 2, 3, 4, 79, 107, 108 D.Lgs 36/2023 Violazione dell’All. II.5 del D.Lgs 36/2023 Violazione per mancata applicazione dell’art. 2 del Capitolato speciale d’oneri; violazione dell’art 87 Codice dei contratti pubblici Violazione dei principi di par condicio e di retta e leale concorrenza Violazione del principio di proporzionalità e dell’autovincolo della pubblica amministrazione Difetto dei presupposti; eccesso di potere per travisamento di fatto e di diritto; difetto di istruttoria; illogicità ed ingiustizia manifeste; disparità di trattamento Violazione di legge ed eccesso di potere per difetto di motivazione; perplessità*”.

Con la prima censura, C.G.T. ha osservato che il mezzo meccanico offerto dall’aggiudicataria non rispetterebbe le “*caratteristiche tecniche generali e minime essenziali*” previste dall’art. 2 del capitolato speciale d’oneri, con specifico riguardo al requisito “*peso e dimensioni*”. In particolare, il mezzo non avrebbe una “*larghezza (escluso benna) da 2400 mm. a 2700 mm*” e una “*larghezza pattini non inferiori ai 550 mm e non superiori ai 600 mm., con due nervature*”.

Con la seconda censura, C.G.T. ha rilevato, sotto un diverso profilo, la violazione del medesimo art. 2 del capitolato speciale d’oneri, evidenziando come la documentazione prodotta in gara da A.C.M. non consenta di verificare il rispetto del requisito della “*lunghezza (compresa benna al suolo) da 6800 mm a 7100 mm*”.

3. Si è costituita in giudizio Legnago Servizi s.p.a., eccependo innanzitutto l’irricevibilità del ricorso poiché tardivamente proposto.

La resistente ha sottolineato come C.G.T. abbia proposto istanza di accesso agli atti della procedura soltanto il 10 gennaio 2025, ossia ventinove giorni dopo aver ricevuto la comunicazione dell’aggiudicazione dell’appalto, avvenuta il 12 dicembre 2024.

Ciò premesso, la società resistente ha osservato che se è vero che la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara comporta la dilazione temporale del termine per la proposizione del ricorso, quando i motivi di impugnazione conseguano alla conoscenza dei documenti non già oggetto della pubblicazione generalizzata, è altrettanto vero che, per un diffuso orientamento giurisprudenziale,

tale effetto dilatorio si realizzerebbe unicamente nel caso in cui l'istanza ostensiva sia presentata entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione prevista dall'art. 90, comma 1, lett. b), del codice dei contratti pubblici, eseguita per il tramite della piattaforma telematica o a mezzo PEC. Con la conseguenza che se l'istanza di accesso è, come nel caso di specie, tardiva (quindi, di nuovo, successiva al quindicesimo giorno dalla comunicazione dell'aggiudicazione) non opererebbe, a favore della parte ricorrente, la dilazione temporale del termine di legge per l'impugnazione dell'aggiudicazione, che sarebbe quindi venuto a scadere trenta giorni dopo la comunicazione suddetta, ossia l'11 gennaio 2025.

La società resistente ha finanche specificato che il ricorso risulterebbe irricevibile anche adottando la più favorevole impostazione del computo del termine di impugnazione di trenta giorni dal riscontro positivo all'istanza di accesso (avvenuto il 21 gennaio 2025), sottraendovi i giorni consumati dalla ricorrente per presentare tale istanza (cioè ventinove giorni, dal 12 dicembre 2024 al 10 gennaio 2025): in tal modo, sarebbe residuo un solo giorno per la notifica del ricorso, il cui termine sarebbe quindi spirato il 22 gennaio 2025.

Donde, in ogni caso, l'irricevibilità del presente ricorso, notificato il 13 febbraio 2025.

3.1. La società resistente, inoltre, ha eccepito l'inammissibilità del secondo motivo di ricorso, poiché formulato in via ipotetica, e ha insistito per una pronuncia di infondatezza del gravame.

4. Si è altresì costituita in giudizio la controinteressata A.C.M., sollevando un'identica eccezione di irricevibilità del ricorso.

In forza di ciò, A.C.M. ha concluso che: non avendo C.G.T. formulato istanza di accesso agli atti entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il termine di trenta giorni per proporre ricorso dovrebbe intendersi non dilazionato e quindi scaduto; anche nel caso in cui il termine fosse da ritenersi maggiorato fino a quarantacinque giorni, risulterebbe parimenti scaduto; quand'anche il termine di trenta giorni risultasse sospeso per il tempo consumato dalla stazione appaltante per procedere alla ostensione richiesta, esso sarebbe comunque scaduto.

4.1. La controinteressata ha chiesto, in ogni caso, il rigetto del ricorso nel merito.

5. All'esito della camera di consiglio del 26 febbraio 2025, il Collegio ha assunto l'ordinanza n. 80 del 28 febbraio 2025 con cui ha respinto la domanda cautelare della ricorrente, in quanto carente del necessario presupposto del danno grave e irreparabile.

6. In vista dell'udienza di discussione del merito, le parti hanno depositato memorie al fine di insistere per l'accoglimento delle rispettive conclusioni.

7. All'udienza pubblica del 2 aprile 2025, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

8. In via preliminare, dev'essere respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dalla resistente e dalla controinteressata.

A tal riguardo, giova riepilogare la nuova disciplina in materia di accesso agli atti di gara declinata nell'art. 36 del d.lgs. n. 36/2023.

Il comma 1 prescrive che *“L’offerta dell’operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all’aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all’articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall’ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell’aggiudicazione ai sensi dell’articolo 90”*.

Il comma 2 assicura, inoltre, che *“agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate”*.

In base al riportato assetto normativo dovrebbe escludersi la necessità di presentare una richiesta di accesso agli atti della procedura di gara: il primo comma riconosce infatti automaticamente a chi partecipa alla gara e non ne è *“definitivamente”* escluso di accedere in via diretta non solo a *“documenti”* (offerta dell’aggiudicatario, verbali di gara e atti), ma anche *“ai dati e alle informazioni”* inseriti nella piattaforma di *e-procurement*, e ciò sin dal momento della comunicazione dell’aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2025, n. 1353).

Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria viene riconosciuto inoltre, dal secondo comma, un diritto di accesso ancor più ampio perché ad essi sono resi *“reciprocamente disponibili”*, attraverso la stessa piattaforma, non solo gli *“atti”* di cui al primo comma, ma anche le offerte dagli stessi presentate (in particolare, quelle del secondo, terzo, quarto e quinto, dato che quella dell’aggiudicatario è conoscibile da tutti).

Il terzo comma dell’art. 36 (da leggersi unitamente al terzo comma dell’art. 90) prevede poi che la stazione appaltante, nella comunicazione dell’aggiudicazione di cui all’art. 90, *“dà anche atto delle decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte di cui ai commi 1 e 2”*, in ragione della sussistenza di segreti tecnici o commerciali.

8.1. Alla suesposta disciplina sostanziale del diritto di accesso si accompagna, nel nuovo codice dei contratti pubblici, una separata disciplina processuale quanto all’impugnativa degli atti della stazione appaltante che comportano l’ostensione delle offerte dei concorrenti in forma oscurata.

Il quarto comma dell’art. 36 prevede infatti che *“le decisioni di cui al comma 3 sono impugnabili ai sensi dell’art. 116 del codice del processo amministrativo [...] con ricorso notificato e depositato entro dieci giorni dalla comunicazione digitale dell’aggiudicazione”*.

8.2. È evidente che la descritta normativa non regola in maniera espressa, né sotto il profilo sostanziale né da un punto di vista processuale, il procedimento che eventualmente avesse ad oggetto l’accesso alle offerte dei primi cinque concorrenti utilmente classificati in graduatoria nel caso in cui

la stazione appaltante ometta, in tutto o in parte, di ostenderle contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione. Del resto, tale carenza di disciplina non costituisce un vuoto normativo, posto che l'omessa pubblicità degli atti di gara rappresenta una condotta *contra legem*, poiché contrastante con i precetti, aventi natura cogente, contenuti nei commi 1 e 2 dell'art. 36, i quali a loro volta sono diretta espressione di quei principi di pubblicità e di trasparenza che informano l'intero assetto del nuovo codice dei contratti pubblici (arg. ex artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 36/2023). Infatti la concentrazione degli adempimenti informativi nella fase della comunicazione dell'aggiudicazione è una delle novità più significative recate dal d.lgs. n. 36/2023, allo scopo di unificare il termine per l'impugnazione tra gli operatori astrattamente interessati a contestare la gara.

Spetta quindi all'interprete individuare la disciplina applicabile al caso in cui la stazione appaltante ometta di pubblicare nel portale telematico gli atti di gara al termine delle operazioni di selezione. Caso che si attaglia alla fattispecie ora *sub iudice*, dato che è incontestato che Legnago Servizi s.p.a. non abbia pubblicato l'offerta selezionata nella piattaforma di *e-procurement* al momento della comunicazione dell'aggiudicazione, trasmettendola all'odierna ricorrente soltanto in seguito all'istanza ostensiva di quest'ultima.

A tal scopo, è doveroso evidenziare come l'unico rimedio previsto dal codice dei contratti pubblici per il caso di ostensione parziale degli atti di gara sia contenuto nel comma 4 dell'art. 36, il quale però si riferisce soltanto all'impugnazione delle “*decisioni di cui al comma 3*”, ossia le “*decisioni assunte sulle eventuali richieste di oscuramento di parti delle offerte*”, qualora la stazione appaltante abbia comunicato le stesse nella comunicazione dell'aggiudicazione.

Quindi, nel caso in cui la stazione appaltante, in violazione dell'art. 36, comma 1, non renda disponibile l'offerta dell'operatore aggiudicatario “*contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione*”, deve ritenersi applicabile l'ordinario procedimento di accesso agli atti disciplinato dagli artt. 22 e segg. della legge 7 agosto 1990, n. 241, e – per il caso di diniego espresso o tacito all'ostensione – la disciplina processuale ricavabile dall'art. 116 cod. proc. amm. (senza deroghe), non essendo applicabili le previsioni contenute nel rito super speciale di cui all'art. 36, comma 4 (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 10 marzo 2025, n. 327).

8.3. Ciò precisato, è quindi possibile indagare la specifica questione sollevata dalla resistente e dalla controinteressata, concernente il termine entro cui il concorrente non definitivamente escluso dalla procedura selettiva sia tenuto a presentare l'istanza di accesso agli atti di gara – nel caso in cui la stazione appaltante non ottemperi all'obbligo di pubblicazione degli stessi – al fine di ottenere la dilazione del termine di trenta giorni prescritto dall'art. 120, comma 2, cod. proc. amm. per impugnare il provvedimento di aggiudicazione.

Come noto, per un consolidato indirizzo giurisprudenziale sviluppatosi nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ove la richiesta di accesso alla documentazione di gara fosse proposta entro un lasso temporale di quindici giorni, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione di cui all'art. 120 cod. proc. amm. subiva un incremento di un numero di giorni (massimo quindici) pari a quello necessario per avere piena conoscenza della documentazione e dei suoi eventuali profili di illegittimità, qualora questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione di aggiudicazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2022, n. 10696). A tal riguardo, deve evidenziarsi come la giurisprudenza desumesse il termine di quindici giorni per la proposizione dell'istanza di accesso dall'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 – sulla *“Informazione dei candidati e degli offerenti”* –, il quale invero fissava detto termine per un diverso adempimento, ossia per la comunicazione delle ragioni dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante all'offerente che ne avesse fatto richiesta scritta: termine, questo, che la giurisprudenza riteneva *“applicabile per identità di ratio anche all'accesso informale”*. Di conseguenza, si assumeva che, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, rilevassero *“le regole sull'accesso informale (contenute in termini generali nell'art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006), esercitabile – anche quando si tratti di documenti per i quali la legge non prevede espressamente la pubblicazione – non oltre il termine previsto dall'art. 76, prima parte del comma 2, del ‘secondo codice’”* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12).

Sul punto, è dirimente rilevare, da un lato, che l'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 – costituente l'indice di riferimento nel sistema normativo individuato dalla richiamata giurisprudenza come parametro di ragionevolezza del termine di quindici giorni per la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara – è stato abrogato in virtù dell'art. 226, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023; dall'altro lato, che nel nuovo codice dei contratti pubblici non è ravvisabile un riferimento normativo da cui poter desumere un determinato termine per la proposizione dell'istanza di accesso, a fronte dell'inadempimento della stazione appaltante all'obbligo di pubblicità degli atti di gara.

A tutto voler concedere, deve ritenersi che l'unico riferimento normativo rinvenibile nel sistema sia il termine di trenta giorni previsto dall'art. 120, comma 2, cod. proc. amm. per l'impugnazione degli atti di gara: un termine che, se ritenuto applicabile per analogia alla presentazione dell'istanza di accesso, risulterebbe comunque rispettato nel caso di specie.

Sul piano degli effetti concreti, la presentazione di un'istanza di accesso da parte dell'operatore non definitivamente escluso volta a superare l'inosservanza degli obblighi informativi della stazione appaltante comporta autonomi effetti dilatori atipici, non temperati dal nuovo codice dei contratti pubblici. Proprio la possibile insorgenza di effetti dilatori non disciplinati dal legislatore rafforza l'obbligo dell'Amministrazione di garantire, in sede di comunicazione dell'aggiudicazione, un livello

informativo pieno e tempestivo, in grado di assicurare la certezza del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione e, con essa, il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività.

Obbligo informativo che, nel caso di specie, è rimasto inadempito dalla stazione appaltante, la quale non ha pubblicato l'offerta selezionata nella piattaforma di *e-procurement* nel termine previsto dall'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023.

8.4. In definitiva, il ricorso deve ritenersi tempestivamente proposto, in quanto notificato (il 13 febbraio 2025) entro il termine di trenta giorni dalla conoscenza dell'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario (sulla cui difformità rispetto alla *lex specialis* si appuntano entrambi i motivi di ricorso): offerta non pubblicata nel portale telematico al momento della comunicazione dell'aggiudicazione, bensì trasmessa alla ricorrente soltanto il 21 gennaio 2025, in accoglimento dell'istanza ostensiva dalla stessa presentata.

9. Nel merito, il primo motivo di ricorso è infondato.

Nella prospettazione attorea, l'art. 2 del capitolato speciale d'oneri prescriveva – con riguardo a “*peso e dimensioni*” del mezzo meccanico oggetto della fornitura – dei requisiti dimensionali minimi essenziali: ossia una “*larghezza (escluso benna) da 2400 mm. a 2700 mm*” e una “*larghezza pattini non inferiori ai 550 mm e non superiori ai 600 mm., con due nervature*”.

Requisiti di cui sarebbe sprovvisto il mezzo offerto da A.C.M. (cioè il “*Liebherr LR 636 G8*”), in ragione delle sue dimensioni evincibili dalla “*relazione tecnica*” acclusa all'offerta selezionata: vale a dire una “*larghezza 2390 con pattini da 560 mm e 2440 con pattini da 610 mm (a vs scelta)*” e una “*larghezza pattini a 2 costole 560 mm o 610 mm a Vs scelta*”.

A tal proposito, la ricorrente ha evidenziato che la pala cingolata offerta da A.C.M.: se equipaggiata con pattini da 560 mm, non raggiungerebbe la larghezza minima prescritta dal capitolato, ammontante a 2400 mm; se invece equipaggiata con pattini da 610 mm, allora avrebbe una larghezza rientrante nel *range* prescritto dalla *lex specialis* (ossia in un valore ricompreso tra i 2400 mm e i 2700 mm), ma in tal caso con i pattini eccedenti la larghezza massima di 600 mm.

9.1. Ciò premesso, deve evidenziarsi che la tesi attorea si appunta sulla lettera della rubrica dell'art. 2 del capitolato speciale d'oneri, ossia: “*caratteristiche tecniche generali e minime essenziali*”. Da questa rubrica, la ricorrente desume che tutti i numerosi “*requisiti tecnici generali*” esplicitati dalla stazione appaltante nel corpo della disposizione (tra cui “*peso e dimensioni*”) debbano interpretarsi come “*requisiti tecnici minimi essenziali*”, prescritti quindi a pena di esclusione dell'offerta.

A ben vedere, solo nel titolo dell'art. 2 – che, comunque, non ha valore prescrittivo – compare la formula “*minime essenziali*”, mentre nell'intero contenuto della disposizione, ove sono elencate numerose caratteristiche del mezzo meccanico richiesto, così come in altre parti della *lex specialis*,

non si trova alcun riferimento all'essenzialità dei requisiti tecnici, né tantomeno è prevista una causa di esclusione per il caso in cui l'offerta non sia conforme agli stessi.

Ne consegue che, anche a voler prescindere dal fatto che la rubrica di una disposizione normativa non ha valore prescrittivo, comunque l'indicazione contenuta nel titolo dell'art. 2 del capitolato speciale d'oneri, di contenuto generale e riferita ad ogni prescrizione dettagliata nel corpo di testo, deve essere interpretata alla luce del principio generale di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023, il cui comma 1 stabilisce che *“i contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”*.

Pertanto, anche a voler considerare la rubrica dell'art. 2 del capitolato speciale d'oneri come una clausola generale di esclusione, comunque *“non ogni violazione di qualsiasi prescrizione dello stesso conduce alla esclusione dalla procedura, ma solo il mancato rispetto di quelle che, nella lettura complessiva della lex specialis, vengano, in ragione della loro essenzialità per il servizio richiesto dalla stazione appaltante, a configurare veri e propri elementi essenziali dell'offerta e, di conseguenza, requisiti minimi di partecipazione, la cui mancanza determina esclusione dalla gara”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2022, n. 11029).

In sostanza, la genericità della clausola di esclusione contenuta nell'art. 2 del capitolato speciale d'oneri, non riferita espressamente a specifici requisiti dell'offerta tecnica ma, in modo omnicomprendente, ricondotta a tutti *“i requisiti tecnici generali”* riportati nel corpo di testo della disposizione, non consente di qualificare quale requisito minimo essenziale (con conseguente sanzione espulsiva per il caso di violazione) ognuna delle molteplici caratteristiche indicate per il mezzo meccanico: se così fosse, vi sarebbe un'evidente violazione del principio di proporzionalità. È quindi necessaria una concreta indagine sulla effettiva natura della singola prescrizione del capitolato medesimo, onde verificare se questa contenga un requisito minimo essenziale della prestazione richiesta (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 ottobre 2024, n. 8443).

Ebbene, in considerazione dell'oggetto dell'appalto – concernente la *“fornitura di una pala cingolata idrostatica nuova con allestimento per movimentazioni rifiuti (discarica) da impiegare presso il Sistema Integrato di trattamento rifiuti solidi urbani (RSU) e speciali non pericolosi (RSNP)”* (art. 1 del capitolato speciale d'oneri) –, deve escludersi che il rispetto millimetrico delle dimensioni del mezzo meccanico richieda un requisito minimo essenziale della prestazione.

A tal proposito, basti considerare che Legnago Servizi s.p.a. ha scelto, in conformità all'offerta di A.C.M., di installare pattini con larghezza di 610 mm: in ragione di ciò, la dimensione dei pattini differirebbe dalla dimensione massima indicata nell'art. 2 del capitolato speciale d'oneri (*“non inferiori ai 550 mm e non superiori ai 600 mm”*) per un solo centimetro.

Non è ragionevole ritenere che una differenza così minima – specie in un mezzo di grandi dimensioni, da adibire ad attività di movimentazione di rifiuti in una discarica – possa intaccare il risultato che l'Amministrazione si era posta di raggiungere con la gara in discussione. Pertanto, proprio in ragione della funzione svolta dal mezzo, non rientrante certo tra le lavorazioni meccaniche di precisione, i pattini da 610 mm (offerta da A.C.M.) devono ritenersi sostanzialmente equivalenti a quelli aventi una misura massima di 600 mm.

Né può ritenersi, come sostenuto dalla ricorrente, che nel caso di specie non trovi applicazione il principio di equivalenza sostanziale, dato che – come sopra evidenziato – la dimensione dei pattini non riveste, nell'interpretazione complessiva del capitolato speciale d'oneri, la natura di requisito minimo essenziale: con la conseguenza che il mezzo offerto da A.C.M. non è qualificabile come *aliud pro alio*, bensì risponde, sotto il profilo delle sue dimensioni, alla finalità concreta che la fornitura oggetto di gara era diretta a soddisfare.

10. Il secondo motivo di ricorso è parimenti infondato: il che consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità dello stesso sollevata dalla parte resistente.

In specie, la ricorrente ha evidenziato che dall'offerta tecnica di A.C.M. non sarebbe possibile desumere il rispetto del requisito dimensionale della “*lunghezza (compresa benna al suolo) da 6800 mm a 7100 mm*”, prescritto dall'art. 2 del capitolato speciale d'oneri.

In realtà, la “*relazione tecnica*” presentata in gara da A.C.M. indica la lunghezza complessiva del mezzo nella misura di 6.960 mm: un valore all'interno del *range* previsto dal capitolato.

In ogni caso, è necessario evidenziare che lo stesso art. 2 del capitolato ha previsto che la verifica circa la corrispondenza del mezzo meccanico alle specifiche tecniche richieste debba avvenire al momento della consegna dello stesso, stabilendo che “*entro 10 gg lavorativi dal verbale di consegna la fornitura sarà sottoposta a verifica dei requisiti e di funzionamento ai fini dell'accettazione, tramite tecnici di fiducia della Società, al fine di verificare la completezza delle caratteristiche tecniche richieste dal presente Capitolato Speciale d'Oneri, la rispondenza agli accorgimenti tecnici richiesti e/o proposti in sede di offerta e/o in fase di affidamento della fornitura e la rispondenza della documentazione presentata*”.

Ne deriva che, in base a quanto dichiarato da A.C.M. nella “*relazione tecnica*” prodotta in gara, la sua offerta risulta conforme all'art. 2 del capitolato speciale d'oneri, sicché non v'era ragione per escluderla dalla procedura selettiva. D'altronde, l'eventuale difformità sostanziale del mezzo offerto rispetto alla lunghezza complessiva richiesta dal capitolato potrà essere verificata solo al momento della consegna dello stesso, con conseguente diritto della stazione appaltante – in caso di verifica negativa – di rifiutare la fornitura.

11. In definitiva, il ricorso deve essere respinto.

12. Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite, tenuto conto della particolarità della vicenda esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 2 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Nicola Bardino, Primo Referendario

Alberto Ramon, Referendario, Estensore

Appalto di fornitura - Giustizia amministrativa - Aggiudicazione - Impugnazione - Termini processuali – Decorrenza -Messa a disposizione degli atti lesivi sulla piattaforma digitale - Sufficienza.

In base all'articolo 120 c.p.a. e agli articoli 36 e 90 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, il termine decadenziale di 30 giorni per l'impugnazione degli atti di gara decorre dal giorno in cui l'interessato acquisisce, o è messo in grado di acquisire, piena conoscenza degli atti che lo ledono. Difatti, la combinazione tra la comunicazione digitale dell'aggiudicazione e la messa a disposizione in piattaforma dell'offerta dell'aggiudicatario è finalizzata, da un lato, a garantire la conoscenza e la trasparenza della procedura, dall'altro lato, ad avere un sicuro ancoraggio del termine per proporre impugnazione (1).

(1) Conformi: Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1631.

Visti il ricorso introduttivo e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di AMO Italy s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone" di Palermo, e viste la documentazione e la memoria depositate;

Viste la documentazione e la memoria depositate da AMO Italy s.r.l.;

Visto il ricorso per motivi aggiunti;

Viste la memoria e i documenti depositati dalla controinteressata;

Viste le memorie e i documenti delle parti private;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 119 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2025 il consigliere Maria Cappellano, e uditi i difensori di parte ricorrente e della resistente Azienda, presenti come specificato nel verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

A. – Con il ricorso introduttivo in esame, notificato il 24 dicembre 2024 e depositato il 7 gennaio 2025, l'odierna istante ha impugnato: a) la delibera n.1079 del 18 ottobre 2024, come rettificata giusta delibera n. 1150 datata 8 novembre 2024, conosciuta solo in data 25 novembre 2024, con cui l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone" di Palermo ha disposto in favore di AMO Italy S.r.l., limitatamente al lotto 11, l'aggiudicazione della procedura aperta telematica per la fornitura triennale di materiale specialistico, con facoltà di rinnovo per un anno, da destinare all'U.O.C. di Oculistica dell'Azienda Ospedaliera "Paolo Giaccone" di Palermo; b) i verbali di gara n.1 del 25 giugno 2024, n.2 del 7 agosto 2024 e n.3/2024 e il presupposto parere di conformità tecnica reso, con nota separata, in data 5 agosto 2024, relativamente al lotto n.11; c) ove occorra, la nota del 27 novembre 2024 dell'Azienda.

Espone in punto di fatto che:

- l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone" di Palermo, con deliberazione n. 481 del 22 aprile 2024 ha indetto una procedura aperta telematica, suddivisa in 13 lotti, per la fornitura triennale di materiale specialistico, con facoltà di rinnovo per un anno, da destinare all'U.O.C. di Oculistica, con importo complessivo a base di gara di € 287.457,00 e il criterio di aggiudicazione del minor prezzo ai sensi dell'art. 108, co. 3, del d. lgs. n. 36/2023, con applicazione della regola della c.d. inversione procedimentale;
- ha stabilito le specifiche e le caratteristiche tecniche minime prescritte per ogni singolo lotto, a pena di esclusione, salvo il rispetto del principio di equivalenza, con onere del concorrente della relativa dimostrazione; ed ha previsto un apposito sub procedimento finalizzato alla valutazione delle offerte tecniche;
- l'odierna ricorrente ha partecipato a detta procedura per il solo lotto n. 11, avente ad oggetto la fornitura di "lenti monofocali", per un quantitativo stimato nel triennio di 900 unità e base di gara triennale pari ad € 135.000,00, con le "specifiche tecniche" minime "Lente monofocale a fuoco esteso idrofoba precaricata con zona ottica di 4,5mm", al fine di "...garantire messa a fuoco a tutte le distanze in caso di cataratte in pz giovani o in attività lavorativa..." (v. Tabulato Tecnico);
- la predetta non ha avuto più notizie di tale gara fino al mese di novembre 2024, appurando casualmente che la gara era stata aggiudicata con la delibera n.1079 del 18 ottobre 2024, oggetto di

impugnazione, senza che tale provvedimento fosse stato comunicato direttamente nei termini previsti dall'art. 90, co. 1, lettera c) del d. lgs. n. 36/2023, né caricato sulla piattaforma telematica, come previsto dagli articoli 35 e 36 dello stesso Codice;

- con istanza trasmessa – sia a mezzo PEC, che tramite portale – in data 25 novembre 2024 ha sollecitato l'inserimento degli atti di gara sul portale telematico, ai sensi del su citato art. 36, chiedendo comunque l'accesso ai documenti; con riscontro della stazione appaltante del 27 novembre 2024, con cui si è reso noto di avere pubblicato il 24 ottobre 2024 sul sito web, sezione "Amministrazione trasparente", l'avviso di aggiudicazione e i verbali di gara, e di avere solo in data 27 novembre pubblicato sul portale telematico la graduatoria e l'avviso di aggiudicazione; trasmettendo i verbali della gara e il parere di conformità e subordinando ad una autorizzazione degli operatori economici interessati - l'odierna controinteressata AMO Italy S.r.l. e POLIMEDICA – il rilascio della copia delle offerte e della documentazione delle due concorrenti per il lotto 11;
- dall'esame di tali documenti si è quindi appreso che il seggio aveva trasmesso le offerte tecniche al medico incaricato della valutazione di conformità dei prodotti, con conseguente valutazione del prodotto offerto dalla controinteressata come equivalente, sebbene non specificasse il diametro della zona ottica ma solo quello dell'ottica;
- quindi, aperte le offerte economiche per il lotto in interesse, AMO Italy S.r.l. è stata individuata quale prima graduata avendo offerto il miglior ribasso, rispetto alla ricorrente che aveva praticato il secondo miglior ribasso.

Fatta un'articolata premessa sulla tempestività dell'impugnazione – in applicazione degli articoli 36 e 90, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 36/2023, nonché dell'art. 120, co. 2, cod. proc. amm. – e dando atto della mancata trasmissione della documentazione delle due concorrenti da parte dell'Azienda, ha dedotto avverso gli atti di gara l'articolata censura di:

VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX DI GARA (IN PARTICOLARE: PUNTI 3, 16, 20, 23 e 14 DEL DISCIPLINARE E TABULATO TECNICO), DELL'ART. 79 E DELL'ALLEGATO II.5 DEL DECRETO LEGISLATIVO 36/2023, NONCHE' DEGLI ARTT. 2, 3 e 5 DEL MEDESIMO DECRETO LEGISLATIVO 36/2023 E DEI PRINCIPI DELL'AUTOVINCOLO, DI PAR CONDICIO, DI AFFIDAMENTO E BUONA FEDE, OLTRECHE' DELL'ART.101 – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA LEGGE 241/1990 - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, PRESUPPOSTI E DI MOTIVAZIONE, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO, CONTRADDITTORIETA' E PERPLESSITA'.

Ha quindi chiesto, previa idonea misura cautelare, l'annullamento degli atti impugnati, con ogni ulteriore statuizione ai sensi degli articoli 122 e 124 cod. proc. amm.; con riserva di motivi aggiunti anche per il risarcimento dei danni, e vittoria di spese.

B. – Si sono costituite in giudizio l’Azienda Ospedaliera Universitaria “Paolo Giaccone” di Palermo e AMO Italy s.r.l., entrambe depositando documentazione e memoria con cui hanno chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato; e la controinteressata ha altresì eccepito l’inammissibilità del ricorso per tardività.

C. – Alla camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2025, presenti i difensori delle parti costituite come specificato nel verbale, la trattazione dell’istanza cautelare è stata rinviata alla camera di consiglio del 28 gennaio 2025 su istanza di parte ricorrente, a seguito del deposito del ricorso per motivi aggiunti il 13 gennaio.

D. – Con ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato il 13 gennaio 2025, l’odierna istante ha dedotto avverso gli atti già impugnati gli ulteriori seguenti profili di censura, in ragione della documentazione conosciuta a seguito dell’accesso ai documenti inviati dalla stazione appaltante con pec del 13 dicembre:

VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX DI GARA (IN PARTICOLARE: PUNTI 3, 16, 20, 23 e 14 DEL DISCIPLINARE E TABULATO TECNICO), DELL’ART. 79 E DELL’ALLEGATO II.5 DEL DECRETO LEGISLATIVO 36/2023, NONCHE’ DEGLI ARTT. 2, 3 e 5 DEL MEDESIMO DECRETO LEGISLATIVO 36/2023 E DEI PRINCIPI DELL’AUTOVINCOLO, DI PAR CONDICIO, DI AFFIDAMENTO E BUONA FEDE, OLTRECHE’ DELL’ART.101 – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 3 DELLA LEGGE 241/1990 - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, PRESUPPOSTI E DI MOTIVAZIONE, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO, CONTRADDITTORIETA’ E PERPLESSITA’.

Ha quindi chiesto, previa idonea misura cautelare, l’annullamento degli atti impugnati, con ogni ulteriore statuizione e con riserva di motivi aggiunti anche per il risarcimento dei danni, e vittoria di spese.

E. – La controinteressata – nel documentare di avere sottoscritto il contratto e avere già ricevuto un ordine di fornitura di n. 201 lenti monofocali – ha ribadito l’eccezione di inammissibilità del ricorso e, nel merito ne ha chiesto il rigetto in quanto infondato.

F. – Alla camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2025 – in vista della quale la difesa della ricorrente ha dichiarato di rinunciare all’istanza cautelare – presenti i difensori delle parti come da verbale, la causa è stata cancellata dal ruolo delle cautelari.

G. – In vista della trattazione del merito entrambe le parti private hanno depositato documentazione e memorie conclusive, con cui hanno ribadito le argomentazioni già rassegnate insistendo nelle rispettive conclusioni; con deposito anche, rispettivamente, di una memoria di replica.

H. – All’udienza pubblica del giorno 13 maggio 2025 – presenti i difensori di parte ricorrente e della resistente Azienda, i quali hanno discusso – la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

A. – Viene in decisione il complessivo ricorso – un ricorso introduttivo e un ricorso per motivi aggiunti – promosso dall'odierna istante avverso gli atti dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone" di Palermo di aggiudicazione in favore di AMO Italy S.r.l., limitatamente al lotto 11, della procedura aperta telematica per la fornitura triennale di materiale specialistico, con facoltà di rinnovo per un anno, da destinare all'U.O.C. di Oculistica dell'Azienda.

B. – Deve premettersi che, come evincibile dalla documentazione versata in atti da AMO Italy, il contratto di fornitura è stato sottoscritto il 24 ottobre 2024, e l'Azienda ha già ordinato alla predetta la fornitura di n. 201 lenti monofocali.

C. – Deve, quindi, in via preliminare essere esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dalla difesa della controinteressata, in relazione alla pubblicazione il 24 ottobre 2024, da parte dell'Azienda nella sezione Amministrazione trasparente, dell'avviso di aggiudicazione e dei verbali di gara.

L'eccezione non è fondata.

Deve premettersi che l'appalto in interesse è disciplinato dal nuovo Codice dei Contratti pubblici approvato con il d. lgs. n. 36/2023.

L'art. 120 del codice del processo amministrativo – come sostituito dall'art. 209, co. 1, lett. a), del d. lgs. n. 36/2023 – stabilisce al comma 2 che *“Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale, e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, sono proposti nel termine di trenta giorni. Il termine decorre, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 90 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022 oppure dal momento in cui gli atti sono messi a disposizione ai sensi dell'articolo 36, commi 1 e 2, del medesimo codice”*.

L'art. 36, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici prevede, a sua volta che *“1. L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90.*

2. Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate”.

Va anche richiamato l'art. 90 del detto codice dei contratti pubblici, il quale al comma 1 stabilisce che *“1. Nel rispetto delle modalità previste dal codice, le stazioni appaltanti comunicano entro cinque giorni dall'adozione:*

- a) la motivata decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione, corredata di relativi motivi, a tutti i candidati o offerenti;*
- b) l'aggiudicazione all'aggiudicatario;*
- c) l'aggiudicazione e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o parti dell'accordo quadro a tutti i candidati e concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta non siano state definitivamente escluse, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state già respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;*
- d) l'esclusione ai candidati e agli offerenti esclusi, ivi compresi i motivi di esclusione o della decisione di non equivalenza o conformità dell'offerta;*
- e) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario ai soggetti di cui alla lettera c)”.*

Osserva il Collegio che:

- in base alla su riportata disciplina, il *dies a quo* del termine decadenziale per l'impugnazione degli atti di gara coincide, dunque, con quello in cui l'interessato acquisisce, o è messo in grado di acquisire con tali modalità, piena conoscenza degli atti che lo ledono (Consiglio di Stato, Sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1631);
- la prescritta combinazione tra i due adempimenti – la comunicazione digitale dell'aggiudicazione ex art. 90, e l'innovativa “messa a disposizione” in piattaforma dell'offerta dell'aggiudicatario – è finalizzata da un lato a garantire la conoscenza e la trasparenza della procedura, con l'immediata e contestuale conoscenza sia del soggetto aggiudicatario, sia dell'offerta del predetto e degli atti di gara; dall'altro lato, ad avere un sicuro ancoraggio del termine per proporre impugnazione.

Ne consegue l'inconducenza di precedenti giurisprudenziali – quale quello menzionato dalla controparte – relativi a fattispecie soggette alla disciplina anteriore al d. lgs. n. 36/2023.

Nel caso in esame, come si evince dalla nota dell'Azienda del 27 novembre 2024, in data 24 ottobre 2024 è stato sì pubblicato l'avviso di aggiudicazione e i verbali di gara, ma nell'apposita sezione dell'Amministrazione trasparente; mentre, per quanto attiene alle comunicazioni ai sensi del su riportato art. 90, è stata effettuata solo quella all'aggiudicatario e ai soggetti esclusi.

Ritiene, pertanto, il Collegio che nessun termine utile sarebbe potuto decorrere dal 24 ottobre 2024, tenuto conto del chiaro tenore letterale dell'art. 120, co. 2, cod. proc. amm. come da ultimo modificato; mentre – avendo l'Azienda messo a disposizione alcuni atti solo lo stesso giorno 27 novembre 2024, come chiarito nella suddetta nota di riscontro – il ricorso è ricevibile in quanto notificato il 24 dicembre 2024; e tanto, considerando altresì che, nel caso in esame, il punto centrale della controversia attiene alla presunta carenza dei requisiti minimi dell'oggetto dell'offerta.

D. – Nel merito, il ricorso integrato dai motivi aggiunti non è fondato, per ritenuta infondatezza delle due uniche articolate doglianze dedotte (una per ciascun ricorso), le quali per ragioni di ordine logico possono essere esaminate congiuntamente.

Deve rammentarsi, quanto alla *lex specialis*, che:

- il lotto n. 11 in interesse riguarda la fornitura di “lente monofocale”, per un quantitativo stimato nel triennio di 900 unità e base di gara triennale pari ad € 135.000,00, con la seguente descrizione: “*Lente monofocale a fuoco esteso idrofoba precaricata con zona ottica di 4,5mm*”, “*necessaria per garantire messa a fuoco a tutte le distanze in caso di cataratte in pz giovani o in attività lavorativa*” (v. tabulato tecnico);

- il disciplinare di gara richiede(va) la “*EVENTUALE DICHIARAZIONE/RELAZIONE DI EQUIVALENZA. Relazione tecnica mirata in particolare alla descrizione puntuale del grado di rispondenza ai parametri che definiscono i criteri qualitativi di valutazione descritti nel capitolato tecnico, supportata da motivazioni di carattere tecnico e indicazione della pagina delle schede tecniche dove riscontrare tale requisito. Tale documentazione dovrà essere inserita nella busta telematica documentazione tecnica...*

(...omissis...)

L'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nei documenti di gara pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza;

- l'Azienda, quanto al suddetto lotto, ha reso un apposito chiarimento, con il quale – a fronte della richiesta di rettifica dei requisiti nel senso di ampliare la zona ottica – ha precisato che “*la limitazione della misurazione della zona ottica è indicativa e saranno dichiarate conformi le offerte tecniche relative a prodotti con misurazione ottica dichiarata equivalente, ai sensi dell'all. II.5 del D. Lgs. n. 36/2023*”; chiarimento non contestato dalla ricorrente né nei contenuti, né nelle modalità, la cui procedura – tenuto conto di quanto espressamente previsto dal disciplinare (punto 2.2.) – risulta tutta automatizzata, con inserimento del chiarimento nell'apposita funzione.

Come accennato, la ricorrente non ha censurato tale chiarimento neppure con il ricorso per motivi aggiunti, sicché tale fase antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte –

presa in considerazione dalle concorrenti al fine di presentare la domanda di partecipazione e confezionare l'offerta – ha consolidato i suoi effetti.

Osserva ulteriormente il Collegio che – come si evince dall'esame degli atti depositati dall'Azienda, e trasmessi alla ricorrente - l'odierna controinteressata ha presentato la suddetta dichiarazione di equivalenza, così depotenziandosi il profilo del ricorso introduttivo con il quale la ricorrente ha revocato in dubbio che la predetta avesse adempiuto a tale onere espressamente prescritto dalla *lex specialis*.

Non convince neanche l'unico motivo aggiunto dedotto, in quanto l'odierna istante continua a sostenere che il medico incaricato della valutazione di equivalenza avrebbe introdotto *ex post* un requisito tecnico diverso, relativo al diametro ottico di 6 mm.

Ora – nel premettere che il medico incaricato della valutazione delle offerte tecniche ha dichiaratamente reso una valutazione di equivalenza sulla base della documentazione tecnica a disposizione – assumono rilievo e rendono non condivisibile la prospettazione di fondo di parte ricorrente, in ordine alla presunta insussistenza di un'equivalenza del prodotto offerto dalla controinteressata:

- a) il chiarimento reso sul lotto 11 – non contestato – che ha precisato il carattere indicativo della limitazione della misurazione della zona ottica, rinviando alle eventuali dichiarazioni di equivalenza;
- b) la documentazione tecnica prodotta dalla controinteressata, tra cui proprio la relazione di equivalenza.

Osserva il Collegio che dalla lettura di tale relazione si evince l'equivalenza rispetto alla funzione richiesta, di garantire la messa a fuoco “a tutte le distanze”, comprese quelle intermedie, come più volte peraltro sottolineato dalla stessa ricorrente.

In particolare:

- nella relazione di equivalenza si indica, quale funzionalità, quella di “*migliorare la visione intermedia rispetto a una IOL monofocale asferica standard*”;
- dal documento di presentazione del prodotto si evince altresì che “*TECNIS Eyhance IOL è l'unica IOL in commercio che è caratterizzata da una superficie anteriore asferica prolata biconvessa modificata progettata per estendere la profondità di fuoco, migliorando la visione intermedia rispetto a una IOL monofocale asferica standard che vanta numerose e rilevanti pubblicazioni scientifiche citate di seguito e caricate in piattaforma nell'area dedicata alla letteratura scientifica...*”;
- tra le “caratteristiche aggiuntive”, il “*miglioramento della visione intermedia*”;
- dalla brochure si evince che “*Le lenti intraoculari TECNIS Eyhance® (ICB00) offrono un miglioramento statisticamente significativo nella visione intermedia monoculare e binoculare rispetto alle lenti intraoculari monopezzo TECNIS® (ZCB00)*”;

- come evidenziato da AMO Italy – e non efficacemente contestato *ex adverso* – la capacità di “TECNIS Eyhance” di garantire una visione intermedia si evince da numerose e dettagliate referenze, con un elevato numero di pubblicazioni a sostegno del fatto che il suo impianto consenta al paziente la visione nel *range* di circa 60 cm (v. nel documento di presentazione del prodotto, l’elenco della letteratura scientifica a supporto delle performance visive del Modello DIB00 - miglioramento della visione intermedia superiore rispetto a una monofocale standard);

- l’organo tecnico ha reso il parere di conformità, con riferimento alla ditta AMO Italy per il lotto 11, stabilendo che “*(sebbene non specifica il diametro della zona ottica ma solo il diametro dell’ottica da 6,0 mm rispetto 4,5 mm da tabulato tecnico) RISPECCHIA TUTTI GLI ALTRI CRITERI RICHIESTI PERTANTO EQUIVALENTE*”

Non convince, pertanto, la relazione tecnica di parte nel fare riferimento alla zona ottica di 4,5 mm, la quale è stata sostanzialmente superata dalla stessa stazione appaltante se intesa quale misura rigida ostativa a soluzioni funzionalmente equivalenti.

In tale relazione si assume anche la presunta assenza di equivalenza – sostanzialmente sovrapponendo il proprio giudizio a quello dell’organo tecnico che ha esaminato tutti i documenti di gara, ed ha deciso anche sulla base del chiarimento – in base alla circostanza per cui il lotto in esame “poneva l’attenzione sulla visione intermedia”.

Osserva tuttavia il Collegio che nel disciplinare di gara – lungi dal fare specifico riferimento a detta visione intermedia – si fa riferimento alla lente monofocale, e nel capitolato tecnico si indica, quale “*nota tecnica*”, che tale lente monofocale è “*necessaria per garantire messa a fuoco a tutte le distanze in caso di cataratte in pz giovani o in attività lavorativa*”, indicando pertanto la messa a fuoco a tutte le distanze.

Deve ribadirsi, sul punto, che la zona ottica di 4,5 mm, soprattutto alla luce del chiarimento, non era affatto una “*condicio sine qua non*” per potere partecipare al lotto 11.

Osserva inoltre il Collegio che la mancata indicazione della misura della zona ottica della lente dipende dalle caratteristiche della lente stessa, quali descritte nei documenti di gara esaminati dall’organo tecnico, dai quali si evince che tale lente “TECNIS Eyhance” è caratterizzata da una superficie anteriore asferica modificata, lineare e progressiva (piatto ottico di 6,0 mm), che le consente di estendere la profondità di fuoco, migliorando la visione intermedia rispetto a quanto garantito da una IOL monofocale asferica standard, nonchè di implementare la visione da lontano in modo paragonabile a quanto fatto dalle IOL monofocale standard (v. relazione tecnica).

Né, osserva il Collegio, si pone la questione della maggiore o minore qualità, in quanto non viene in rilievo un aspetto oggetto di possibile valutazione in termini di comparazione tra la qualità dei prodotti

offerti, dovendo la Stazione Appaltante solo accertare se le lenti proposte dal miglior offerente fossero funzionalmente equivalenti a quanto richiesto dal capitolato tecnico.

Ne costituisce conferma anche il chiarimento n. 3, nel quale è stato specificato che *“La valutazione tecnica sarà svolta da una Commissione tecnica, e sarà finalizzata alla mera verifica della conformità tecnica dei prodotti offerti rispetto alle previsioni del Capitolato Tecnico e non anche ad una valutazione qualitativa dei prodotti...”*, richiamando chiaramente il principio di equivalenza funzionale.

Va a tal proposito rammentato che il principio di equivalenza è finalizzato ad evitare un’irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici e, quindi, ad ammettere offerte aventi un contenuto sostanzialmente e funzionalmente corrispondente a quello richiesto, sebbene formalmente senza la specifica tecnica indicata (v. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65; Sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

Secondo costante e consolidata giurisprudenza, infatti:

- *“...il principio di equivalenza “permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione” (cfr. Cons. Stato, III, Cons. di Stato, sez. III, 18 settembre 2019 n. 6212, id n. 4364/2013; n. 4541/2013; n. 5259/2017; n. 6561/2018); detto principio “costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione” (cfr. Cons. Stato, III, n. 4364/2013; n. 4541/2013; n. 5259/2017; n. 6561/2018)...”* (cfr. T.A.R. Sicilia, Sez. I, 19 febbraio 2024, n. 608);

- tale principio *“...è infatti diretto ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica non si risolva in una verifica formalistica, ma nella conformità sostanziale dell’offerta delle specifiche tecniche inserite nella lex specialis (cfr. Consiglio di Stato sez. III 02 marzo 2018 n. 1316)...”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568).

Ad avviso del Collegio, pertanto, la ricorrente tenta, in definitiva, di sovrapporre il proprio giudizio a quello tecnico-discrezionale del medico incaricato; tanto che – rispetto alla prospettazione iniziale secondo cui non si evinceva alcuna dichiarazione di equivalenza, e si dubitava della stessa esistenza di documentazione astrattamente idonea a fornire tale prova – con il gravame aggiuntivo si contesta la documentazione tecnica, ma senza adeguatamente supportare tecnicamente tale deduzione a fronte della documentazione prodotta dalla controinteressata in sede di gara.

L’asserzione di parte istante – secondo cui tale lente monofocale consentirebbe un’adeguata messa fuoco soltanto e per lo più alle distanze elevate, e non anche a quelle intermedie – resta labiale a

fronte della documentazione tecnica esaminata dalla stazione appaltante, che indica quale funzionalità quella di *“migliorare la visione intermedia rispetto a una IOL monofocale asferica standard”*.

Pertanto, nel caso di specie l’aggiudicataria ha fornito in sede di gara la necessaria documentazione tecnica, dalla quale è scaturito il giudizio di equivalenza – entrambi, non adeguatamente censurati – sicché in tal modo la stazione appaltante è stata posta nelle condizioni di comprendere quale prodotto le sia stato fornito sin dalla fase di partecipazione, formulando tale giudizio di equivalenza funzionale all’esito dell’esame della documentazione.

E, in definitiva, l’organo tecnico ha reso tale valutazione sulla base di documentazione tecnica e secondo un giudizio tecnico-discrezionale che potrebbe essere censurato solo se manifestamente illogico o irrazionale, situazione che non si riscontra nel caso di specie.

Non è neppure pertinente il recentissimo precedente citato dalla ricorrente nella memoria di replica (T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, n. 216/2025), in quanto in quel caso la caratteristica funzionale era più specifica e relativa ad una *“visione intermedia funzionale”*, peraltro in una gara con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, e con caratteristiche molto specifiche e dettagliate.

E. – Conclusivamente, per tutto quanto esposto e rilevato, il complessivo ricorso deve essere rigettato, con salvezza di tutti gli atti impugnati.

F. – Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo in favore dell’Azienda Ospedaliera e di AMO Italy, tenendo conto della media complessità del contenzioso e delle difese svolte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti, lo rigetta.

Condanna SIFI S.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore dell’Azienda Ospedaliera Universitaria “Paolo Giaccone” di Palermo e di AMO Italy s.r.l., quantificandole in € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), oltre oneri accessori come per legge, in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Francesco Mulieri, Consigliere