

APPALTI: Pubblica amministrazione – Contratti della P.A. – Offerta di gara – Immutabilità – Errori – Non sanabili.

Tar Piemonte – Torino, Sez. I, 30 settembre 2021, n. 872

- in *Il Foro amm.*, 9, 2021, pag. 1333.

“[...] una offerta presentata in gara ha una valenza di proposta contrattuale e tende, all’esito della procedura, a provocare la stipulazione di un contratto sulla scorta del suo contenuto; in quanto attività negoziale, in punto errore materiale, essa soggiace dunque ai principi dettati in materia contrattuale.

L’errore in materia contrattuale, per essere rilevante, deve essere essenziale ma anche riconoscibile dall’altro contraente, per l’ovvia ragione che le dichiarazioni negoziali implicano l’ingenerarsi in capo alle controparti di ragionevoli affidamenti sulla correttezza di quanto dichiarato.

La problematica diviene ancora più rilevante nell’ambito dell’evidenza pubblica ove l’amministrazione è altresì tenuta a garantire la par condicio dei concorrenti e quindi a non avallare modifiche apportate alle offerte una volta noti i contenuti di quelle altrui e a governare in modo imparziale e celere la procedura, il che grava i concorrenti di un maggior onere di clare loqui in ossequio al principio di autoresponsabilità [...]”.

FATTO

La Beckman Coulter s.r.l. ha impugnato il provvedimento con il quale la ASL Santi Antonio e Biagio e Cesare Arrigo di Alessandria ha revocato in autotutela il pregresso provvedimento di esclusione dell’R.T.I. costituito da Siemens Healthcare s.r.l. dalla procedura aperta per la fornitura di “sistemi diagnostici per l’esecuzione di esami di chimica clinica, immunometria, ematologia, coagulazione di primo livello, tossicologia e sierologia infettivologica per il laboratorio HUB dell’Azienda Ospedaliera di Alessandria e per i laboratori Spoke dell’area della Provincia di Alessandria, comprensivi dei reattivi, del materiale di consumo, dell’assistenza tecnica e delle opere per l’adeguamento dei locali e la realizzazione degli impianti.”

Ha invocato nuovamente l’esclusione della controinteressata deducendo i seguenti motivi di ricorso: 1-2-3) Violazione e falsa applicazione dell’allegato 6 “Capitolato Tecnico di Appalto Opere” della legge di gara. Violazione e falsa applicazione del Decreto del Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 11 ottobre 2017. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione degli art. 1 e 3 della l. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà, travisamento dei

fatti. – Violazione e falsa applicazione dell'articolo 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016. Violazione della *par condicio concurrentium*. Violazione del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta. Violazione del principio di imparzialità dell'amministrazione.

Il progetto della controinteressata era stato originariamente escluso, non ritenendolo conforme alle prescrizioni normative e di gara in materia di C.A.M., per il mancato rispetto della prescritta percentuale minima di plastica riciclata presente nei materiali da impiegare per la realizzazione dell'adeguamento locali; successivamente l'amministrazione ha accolto le giustificazioni della concorrente circa un presunto errore materiale nella composizione dell'offerta, consentendone la rettifica, e riammettendola in gara. La ricorrente contesta tale valutazione, ritenendo il progetto proposto afflitto da un vizio non suscettibile di soccorso istruttorio. Aggiunge che il rispetto dei CAM doveva essere dimostrato in sede di gara tramite documentazione rilasciata da enti di certificazione o organismi di ispezione mentre, anche in fase di soccorso istruttorio, la Siemens si sarebbe limitata a produrre dichiarazioni di parte o del produttore;

4) Violazione dell'articolo dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016. Modifica postuma dei criteri di valutazione delle offerte. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà, travisamento dei fatti. Violazione del principio del giusto procedimento. La revoca del provvedimento espulsivo sarebbe stata adottata da funzionari amministrativi della stazione appaltante (in specifico il RUP), così impropriamente superando le valutazioni tecniche di spettanza della sola commissione giudicatrice.

Ha quindi chiesto annullarsi il provvedimento di riammissione della controinteressata e, qualora per contro lo stesso dovesse portare all'aggiudicazione, risarcirsi il danno subito anche per equivalente. Si sono costituite le controparti, contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso introduttivo.

Con atto di ricorso incidentale depositato in data 10.2.2021 la concorrente Siemens ha a sua volta impugnato il provvedimento, sempre adottato in autotutela, con il quale la stazione appaltante, dopo una prima esclusione anche della ricorrente Beckman, ne ha disposto la riammissione in gara, nonché le disposizioni della legge di gara sulle quali si fonderebbe l'esclusione di Siemens stessa.

In particolare ha lamentato che le complessive disposizioni della legge di gara da cui Beckman pretenderebbe di far discendere l'esclusione di Siemens devono considerarsi equivoche e contraddittorie.

Quanto alla riammissione in gara di Beckman ha lamentato:

1-2) Violazione e falsa applicazione della legge di gara, eccesso di potere per difetto di presupposti e motivazione erranea; violazione del principio della *par condicio*; l'RTI rappresentato da Beckman

era stato escluso per aver proposto la realizzazione dei rivestimenti di cui all'art. 4.7 del capitolato tecnico opere anzichè in PVC, come prescritto dalla legge di gara, in smalto naturale acrilico, il tutto senza dimostrarne l'equivalenza; quanto al punto A2.20 dell'allegato 2 la Beckman avrebbe offerto un sistema ad alta automazione caratterizzato da una forza centrifuga di 2700 "giri" anzichè, come richiesto dalla legge di gara, di 2700 "g", da leggersi, secondo la ricorrente incidentale, quale RCF (Relative Centrifugal Force), ossia pari ad un multiplo della forza di gravità (G); nel senso della vincolatività di tale prescrizione sarebbero anche stati resi chiarimenti in corso di gara;

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 co. 9 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost; violazione della *par condicio* e del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta; la ricorrente incidentale formula censure identiche a quelle mosse dalla ricorrente principale con i motivi sub. 3 e 4 per quanto concerne le modalità con le quali è avvenuta la riammissione in gara della Beckman, sia contestando l'ammissibilità del disposto soccorso istruttorio sia censurando la procedura di riammissione.

Ha quindi chiesto, anche in accoglimento del ricorso incidentale, respingersi il ricorso principale, ovvero disporsi l'esclusione di entrambe le concorrenti.

Tutte la parti hanno controdedotto.

Con ordinanza n. 105/2021 del 10.3.2021 l'istanza cautelare è stata respinta, stante la sua proposizione in una fase di gara ancora *in itinere*.

Con ordinanza n. 2349/2021 il Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare.

Con atto di motivi aggiunti depositato in data 21.6.2021 parte ricorrente Beckman ha impugnato l'aggiudicazione in favore dell'R.T.I. Siemens nelle more intervenuta, ulteriormente lamentando i seguenti vizi dell'aggiudicazione:

1) Violazione e falsa applicazione del D.M. 18.9.2002 titolo II, come modificato dal D.M. 19.3.2015, violazione della legge di gara nel suo Capitolato Opere; eccesso di potere, difetto di istruttoria, sviamento, travisamento dei fatti, manifesta illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta; il progetto dell'aggiudicataria non rispetterebbe la normativa antincendio;

2) Violazione e falsa applicazione dell'allegato 6 "capitolato tecnico di appalto opere" della legge di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà, travisamento dei fatti; ha riproposto la contestazione circa la carenza progettuale per quanto concerne il rispetto dei criteri ambientali minimi con riferimento alla componente di plastica riciclata;

3) Violazione e falsa applicazione della legge di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria, motivazione, illogicità, contraddittorietà, travisamento dei fatti; la legge di gara al punto B-5.3 assegnava un punteggio premiale all'offerta che consentiva al personale di laboratorio l'accesso manuale ai sistemi di stoccaggio delle provette; il requisito sarebbe stato erroneamente riconosciuto all'aggiudicataria, con conseguente attribuzione alla stessa di 2 punti in eccesso; quanto al punto B-2.2 della legge di gara veniva per contro negato alla Beckman il punteggio previsto per un sistema integrato di acquisizione e classificazione delle immagini digitali, caratteristica invece presente nel sistema offerto da Beckman, la quale avrebbe quindi dovuto conseguire 2 punti in più; quanto al requisito B-1.2, finalizzato all'attribuzione di un punteggio per il possesso di cinque funzionalità dello strumento di preanalitica (previsti 2 punti), il punteggio sarebbe stato assegnato a Siemens benchè il sistema proposto da quest'ultima non avesse tutte le funzioni previste e meritasse, quindi, al più, un punteggio pari a 1,6; ancora, con riferimento al requisito B-6.7, che premiava il maggior numero di sistemi connettivi, la posizione di Beckman sarebbe stata erroneamente valorizzata 0,29 anzicchè 0,38.

Ha ulteriormente precisato che l'accoglimento della combinazione di almeno due delle suddette contestazioni di punteggio combinate tra loro garantirebbe il superamento della prova di resistenza, avendo la ricorrente Beckman conseguito un punteggio totale di 96,13 e la Siemens di 98,39

Ha quindi riproposto le contestazioni relative all'attivazione del soccorso istruttorio con riferimento al rispetto dei CAM, anche in relazione all'asserita inidoneità del tipo di documentazione prodotta dall'aggiudicataria ai fini della comprova della composizione dei materiali.

Con atto di motivi aggiunti al ricorso incidentale la concorrente Siemens ha ulteriormente contestato l'ammissione di Beckman, anche al fine di paralizzare i motivi aggiunti di ricorso.

In specifico ha riproposto le censure relative alla presunta non conformità dell'offerta Beckman.

Ha ulteriormente precisato che, con riferimento allo smalto acrilico, la concorrente non avrebbe prodotto specifiche certificazioni che ne attestino l'impermeabilità, per altro formulando una proposta aperta e quindi indeterminata, che avrebbe consentito all'amministrazione di optare tra più soluzioni.

Tornando quindi a censurare la legge di gara la ricorrente incidentale Siemens ha ribadito la tesi di scarsa chiarezza della stessa, di illegittimità del soccorso istruttorio operato nei confronti di Beckman e di incompetenza del RUP a disporre la riammissione dei concorrenti.

Ha quindi proposto ulteriori motivi attinenti all'assegnazione dei punteggi, in specifico lamentando che: con riferimento al criterio B-10-6, che premiava l'uso di materie plastiche riciclate, Beckman avrebbe ricevuto erroneamente un punteggio pari a 0,5 mentre alcun punteggio avrebbe conseguito

Siemens; tuttavia, accettando le precisazioni rese in sede di soccorso istruttorio e rettificando gli errori materiali contenuti nell'offerta Siemens, la stazione appaltante avrebbe dovuto trarne conseguenze non solo ai fini dell'ammissione in gara della concorrente ma anche ai fini dell'assegnazione del punteggio.

Con separato ricorso rubricato RG 131/2021 la Siemens Healthcare s.r.l. ha impugnato la riammissione in gara della Beckman con censure identiche a quelle poi riproposte con ricorso incidentale nel giudizio RG 84/2021; in data 5.3.2021 ha depositato ricorso incidentale la Beckman, sviluppando a sua volta censure identiche a quelle proposte con il ricorso principale RG 84/2021. In data 14.4.2021 Siemens Healthcare presentava motivi aggiunti, anch'essi ripetitivi di censure già dedotte nel ricorso RG 84/2021.

Nel giudizio RG 131/2021 le parti rinunciavano all'istanza cautelare.

Nel corso del giudizio la gara giungeva al termine con aggiudicazione in favore di Siemens; il contratto non risulta allo stato sottoscritto.

Entrambe le concorrenti hanno formulato istanza di annullamento della riammissione in gara della rispettiva controinteressata ed eventuale successiva assegnazione del contratto, ovvero risarcimento del danno per il caso in cui tale assegnazione non sia più possibile; da ultimo hanno invocato una riedizione della gara, nell'ipotesi di ritenuta necessaria esclusione di tutte le concorrenti.

All'udienza del 22.9.2021 le cause sono state discusse e decise nel merito.

DIRITTO

I giudizi RG 84/21 ed RG 131/2021 devono, conformemente alle istanze di parte, essere riuniti per identità oggettiva e soggettiva dei medesimi.

Le concorrenti della gara impugnata, Beckman Coulter s.r.l e Siemens Healthcare s.r.l., con complessi atti di impugnazione e successivi motivi aggiunti, invocano sostanzialmente la reciproca esclusione dalla procedura per presunti vizi di formulazione delle rispettive offerte; in subordine entrambe chiedono una modificazione dei punteggi assegnati volta a conseguire l'aggiudicazione.

Le problematiche evidenziate in ricorso sono, in buona parte, la reiterazione in sede giudiziaria di valutazioni critiche originariamente prospettate dalla stessa stazione appaltante rispetto alle offerte presentate; la commissione giudicatrice aveva infatti inizialmente valutato entrambe le offerte non pienamente conformi al capitolato, pervenendo all'esclusione dei due operatori economici in gara, con sostanziale vanificazione della stessa.

A seguito delle impugnative proposte da entrambe le concorrenti avverso le rispettive esclusioni la stazione appaltante rivalutava la propria posizione e revocava in autotutela le disposte esclusioni, riammettendo entrambe le concorrenti previo soccorso istruttorio o comunque ritenendo non

dirimenti ai fini dell'esclusione le problematiche inizialmente contestate; i giudizi proposti avverso i provvedimenti di esclusione si sono conclusi con una duplice declaratoria di cessazione della materia del contendere.

Le due concorrenti, tuttavia, sono nuovamente insorte contro le simmetriche riammissioni in gara. L'oggetto della procedura consiste in una composita prestazione di fornitura di sistemi diagnostici e relativi materiali di consumo per la chimica clinica oltre ad opere di adeguamento dei locali e impianti nei quali è destinata a svolgersi tale attività diagnostica.

Come si evince dal disciplinare, la parte preponderante dell'oggetto della gara è rappresentata dalla fornitura dei sistemi diagnostici e relativi materiali di consumo (del complessivo valore a base d'asta di circa 32.000.000,00 di €) mentre la parte di opere (del valore complessivo a base d'asta di circa 1.600.000 €) è evidentemente accessoria alla prima.

E' utile rammentare che l'esclusione per via giudiziaria dalle gare pubbliche (e tanto più la loro integrale vanificazione per esclusione di tutti i concorrenti) non è tra le finalità dell'evidenza pubblica e non risulta essere lo strumento opportuno per dirimere ogni e qualsivoglia problematica che si possa manifestare nel dipanarsi dei procedimenti, tanto più che minime criticità divengono quasi fisiologiche quanto più le gare presentano, nella complessità del moderno, oggetti multipli; si aggiunga che la normativa impone di conciliare, nell'unico momento dell'evidenza pubblica, una pluralità di esigenze talvolta in potenziale conflitto tra loro, con evidente amplificazione delle potenziali problematiche.

In tale contesto, essendo il giudizio amministrativo un giudizio prettamente di legittimità, la stazione appaltante deve poter esercitare la propria discrezionalità senza una necessaria sovrapposizione del Tribunale, tanto più che la prima ha una visione fisiologicamente complessiva delle offerte e non scomposta per singoli dettagli dal prisma del vincolo dei motivi di ricorso.

Fatta tale premessa si muove dall'analisi del ricorso Beckman, in quanto cronologicamente precedente nella data di deposito e in quanto, per altro, la Siemens è risultata aggiudicataria finale.

I primi tre motivi di ricorso, seppure sotto diversi profili, sostanzialmente contestano che l'offerta della Siemens avrebbe dovuto essere esclusa perchè, con riferimento alle opere di adeguamento locali ed impianti, non sarebbe rispettosa dei criteri ambientali minimi (CAM) in materia di uso di plastiche riciclate.

Dal punto di vista normativo il rispetto dei CAM costituisce per la stazione appaltante e per i concorrenti vincolo nella gestione delle commesse pubbliche (artt. 34 e 71 d.lgs. n. 50/2016).

Accogliendo l'indicazione contenuta nella Comunicazione della Commissione europea "politica integrata dei prodotti, sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale" (COM(2003)302, nonchè in

attuazione della l. n. 296/2006 art. 1 co. 1126, è stato adottato per la prima volta il “Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione predisposto dal Ministero dell’ambiente di concerto con i Ministri dell’economia e delle finanze e dello sviluppo economico”; esso è volto a introdurre misure idonee ad integrare le esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi da parte delle amministrazioni pubbliche sulla base, tra l’altro, dei seguenti criteri direttivi:... “riduzione dell’uso di risorse ambientali, riduzione della produzione di rifiuti e rischi ambientali”.

Il primo piano d’azione è stato approvato con il D.M. 11 aprile 2008 ed è oggetto di periodico adeguamento, da ultimo, con il D.M. 11.10.2017 che ha fissato i “criteri ambientali minimi per l’affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici”.

L’art. 2.4.2.6 di tale D.M, per i componenti in materie plastiche, impone che:

“Il contenuto di materia riciclata o recuperata deve essere pari ad almeno il 30% (percento) in peso valutato sul totale di tutti i componenti in materia plastica utilizzati”.

Il suddetto requisito può essere derogato in due specifiche fattispecie che pacificamente non interessano il presente giudizio.

Quanto alla verifica di rispetto del parametro “il progettista deve specificare le informazioni sul profilo ambientale dei prodotti scelti e deve prescrivere che in fase di approvvigionamento l'appaltatore dovrà accertarsi della rispondenza al criterio. La percentuale di materia riciclata deve essere dimostrata tramite una delle seguenti opzioni:

una dichiarazione ambientale di Prodotto di Tipo III (EPD), conforme alla norma UNI EN 15804 e alla norma ISO 14025, come EPDIItaly o equivalenti;

una certificazione di prodotto rilasciata da un organismo di valutazione della conformità che attesti il contenuto di riciclato attraverso l'esplicitazione del bilancio di massa, come ReMade in Italy, Plastica Seconda Vita o equivalenti;

una certificazione di prodotto rilasciata da un organismo di valutazione della conformità che attesti il contenuto di riciclato attraverso l'esplicitazione del bilancio di massa che consiste nella verifica di una dichiarazione ambientale autodichiarata, conforme alla norma ISO 14021.

Qualora l'azienda produttrice non fosse in possesso delle certificazioni richiamate ai punti precedenti, è ammesso presentare un rapporto di ispezione rilasciato da un organismo di ispezione, in conformità alla ISO/IEC 17020:2012, che attesti il contenuto di materia recuperata o riciclata nel prodotto. In questo caso è necessario procedere ad un'attività ispettiva durante l'esecuzione delle

opere. Tale documentazione dovrà essere presentata alla stazione appaltante in fase di esecuzione dei lavori, nelle modalità indicate nel relativo capitolato”.

La normativa introduce quindi un vincolo relativo ai contenuti del materiale da utilizzare e detta criteri anche formali per la comprova del suo rispetto.

Nel contesto di tale quadro normativo l'allegato 6 “capitolato tecnico di appalto opere” della presente gara esplicitava: “la progettazione e realizzazione delle opere dovrà essere conforme a quanto previsto dai Criteri Ambientali Minimi di cui all'art. 18 della Legge 221/2015 e art. 34 d. Lgs 50/2016 e s.m.i. (o a normative della Regione Piemonte più restrittive ove presenti).”

L'allegato 7 del disciplinare, relativo ai criteri di valutazione delle offerte, al punto B-10.6 prevedeva espressamente l'attribuzione di un punteggio per un “Maggior utilizzo di materiali riciclati *fermo restando i limiti imposti sulla normativa in essere inerente i criteri ambientali minimi (CAM). (relazione indicante esplicitamente le quantità in peso dei materiali indicati nei seguenti “subcriteri” e la relativa % di materiale riciclato o recuperato)*” e, con riferimento al subcriterio 1, prevedeva “Subcriterio 1: in relazione all'uso di materie plastiche (*la relazione dovrà specificare il contenuto di materia riciclata o recuperata valutato % in peso sul totale di tutti i componenti in materia plastica utilizzati nella realizzazione delle opere, comprese le finiture*).”

A sua volta all'articolo 1 del Capitolato tecnico di appalto – rubricato “Documentazione da presentare” - era prescritto: “Presentazione di un progetto per la realizzazione delle aree, comprendente, come minimo, gli elaborati di seguito indicati. Sarà ammessa la presentazione di un maggiore numero di elaborati o di elaborati di maggiore dettaglio, a discrezione dell'offerente, finalizzati a favorire una migliore valutazione da parte della Commissione giudicatrice.

N.B.: il progetto dovrà essere integrato da brevi relazioni (massimo 7 pagine in formato A4 ed eventuali 3 tavole grafiche in formato A3) di sintesi di aspetti peculiari del progetto relativi ai criteri di valutazione di cui all' allegato 7 al punto B-10, fermo restando che la valutazione del progetto nel suo complesso è parte qualificante anche nel punto B-7.1 e più precisamente:.....

B-10.6 “Maggior utilizzo di materiali riciclati *fermo restando i limiti imposti dalla normativa in essere inerente i criteri ambientali minimi (CAM) (relazione indicante esplicitamente le quantità in peso dei materiali indicati nei seguenti “subcriteri” e la relativa % di materiale riciclato o recuperato) con particolare riguardo a:.....*

...uso di materie plastiche (*la relazione dovrà specificare il contenuto di materia riciclata o recuperata valutato % in peso sul totale di tutti i componenti in materia plastica utilizzati nella realizzazione delle opere, comprese le finiture*)”.

Ne consegue che la legge di gara era del tutto legittimamente esplicita nel prescrivere (per altro in conformità ad un vincolo normativo) il rispetto minimo dei CAM, tra cui quello relativo al contenuto di materia plastica riciclata presente nel materiale impiegato per le opere (pacificamente pari al 30%), attribuendo altresì un punteggio premiale per il concorrente che avesse proposto un impiego anche maggiore di materie plastiche riciclate.

A fronte di tale prescrizione di capitolato la Siemens ha così descritto la propria offerta nella apposita relazione (cfr. all. 9 dei doc. Siemens depositati in data 16.7.2021): dopo aver descritto i materiali proposti per i pavimenti e rivestimenti, indicando la percentuale di materiale riciclato presente nei vari componenti (indicandola in entità variabile tra il 25 e il 10%), ha inserito un paragrafo 1.2.3 del seguente tenore letterale:

“VERIFICA DEL PESO DI MATERIA RECUPERATA O RICICLATA

Per quanto concerne i componenti in materia plastica, la normativa vigente prevede che il contenuto di materia riciclata o recuperata sia pari ad almeno il 30% in peso valutato sul totale di tutti i componenti in materia plastica utilizzati”.

La dichiarazione di principio è seguita da una tabella “verifica del peso di materia recuperata o riciclata” in cui è indicato espressamente nel 16% il materiale riciclato utilizzato.

A fronte di siffatta esplicita dichiarazione, evidentemente contrastante con le prescrizioni della legge di gara e la stessa premessa formulata dalla concorrente con generico riferimento alle prescrizioni normative, la stazione appaltante ha richiesto chiarimenti e la concorrente ha replicato (cfr. all. 13 “risposta chiarimenti Siemens” depositato con i motivi aggiunti Beckman in data 21.6.2021) con la seguente missiva:

“Premesso che il progetto è conforme ai Requisiti Minimi Ambientali (CAM) in quanto il contenuto di materia recuperata o riciclata presente nei materiali proposti per la realizzazione del nuovo laboratorio è complessivamente pari ad almeno il 15% in peso rispetto al peso totale di tutti i materiali utilizzati (così come previsto dall’art. 2.4.1.2 del DM del 11 ottobre 2017), nella relativa elaborazione si è tenuto conto delle specifiche tecniche previste nel Capitolato Opere che prevedevano la fornitura in PVC dei pavimenti (Rif. 4.6) e dei rivestimenti delle pareti (Rif. 4.7) e di quanto previsto dal chiarimento pubblicato n. 27 del 26/11 che limitava al solo layout la possibilità di presentare soluzioni progettuali realizzative migliorative”.

La replica effettuata dunque in prima battuta rinvio ad un parametro del DM non pertinente alla contestazione in quanto attinente, in generale, ad ogni tipologia di materiale impiegato nell’intervento.

La norma del D.M. citata da Siemens, infatti, rubricata “materia recuperata o riciclata” recita: “Il contenuto di materia recuperata o riciclata nei materiali utilizzati per l'edificio, anche considerando diverse percentuali per ogni materiale, deve essere pari ad almeno il 15% in peso valutato sul totale di tutti i materiali utilizzati. Di tale percentuale, almeno il 5% deve essere costituita da materiali non strutturali. Per le diverse categorie di materiali e componenti edilizi valgono in sostituzione, qualora specificate, le percentuali contenute nel capitolo 2.4.2.”; in effetti si evince dalla stessa relazione tecnica presentata dalla Siemens che, giustamente, per ogni tipologia di materiale la concorrente ha indicato la percentuale di materia riciclata.

Resta il fatto che la legge di gara imponeva il rispetto in specifico anche dei parametri minimi dettati dai CAM per le materie plastiche, punto 2.4.2.6 del D.M, per di più oggetto, fatti salvi i minimi imposti, di un apposito criterio di attribuzione di punteggio premiale.

I chiarimenti resi da Siemens proseguono affermando che il progetto in verità rispetterebbe il contenuto pari al 30% della materia plastica riciclata, se valutata su tutti i componenti utilizzati e che la discrepanza, pacificamente presente nella relazione tecnica, tra la premessa (che afferma appunto la presenza del vincolo normativo) e la verifica (che dichiara un contenuto di plastica riciclata pari al 16%) sarebbe frutto di un doppio refuso (e quindi di un errore materiale dell'offerta): innanzitutto la percentuale del 16% sarebbe stata calcolata tenendo conto solo di pavimenti e rivestimenti e non anche delle tubazioni in plastica, aventi a loro volta contenuto di plastica riciclata pari al 100%; inoltre, sempre nell'offerta, il contenuto di plastica riciclata presente nei rivestimenti sarebbe stato erroneamente indicato nella misura del 10%, anzichè del 30%.

Tale doppia rettifica renderebbe il progetto conforme allo specifico CAM.

Le problematiche giuridiche sottese a questo difetto dell'offerta sono plurime: la disciplina dell'errore materiale ostativo nelle dichiarazioni negoziali e la sua incidenza sulla validità dei negozi oltre alla *par condicio* e *favor participationis* dei concorrenti nell'evidenza pubblica.

E' infatti pacifico principio che le offerte presentate in gara non possono essere modificate rispetto a quanto inizialmente proposto; è ugualmente vero che, nell'evoluzione della disciplina procedimentale degli appalti, si assiste ad un *favor* per il principio di conservazione dell'attività amministrativa e di massima partecipazione, che ammette al soccorso istruttorio i concorrenti che abbiano omesso dati cartolari, formali o comunque commesso, nella formulazione dell'offerta, errori non sostanzialmente incidenti sulla sua configurazione.

Resta il fatto che una offerta presentata in gara ha una valenza di proposta contrattuale e tende, all'esito della procedura, a provocare la stipulazione di un contratto sulla scorta del suo contenuto;

in quanto attività negoziale, in punto errore materiale, essa soggiace dunque ai principi dettati in materia contrattuale.

L'errore in materia contrattuale, per essere rilevante, deve essere essenziale ma anche riconoscibile dall'altro contraente, per l'ovvia ragione che le dichiarazioni negoziali implicano l'ingenerarsi in capo alle controparti di ragionevoli affidamenti sulla correttezza di quanto dichiarato.

La problematica diviene ancora più rilevante nell'ambito dell'evidenza pubblica ove l'amministrazione è altresì tenuta a garantire la *par condicio* dei concorrenti e quindi a non avallare modifiche apportate alle offerte una volta noti i contenuti di quelle altrui e a governare in modo imparziale e celere la procedura, il che grava i concorrenti di un maggior onere di *clare loqui* in ossequio al principio di autoresponsabilità.

L'errore ostativo commesso dalla parte con le esplicite dichiarazioni dell'offerta tecnica sarà dunque emendabile solo se ed in quanto esso sarà quantomeno ricostruibile sulla scorta di altri documenti o dichiarazioni ugualmente e contestualmente resi o prodotti al momento della prima partecipazione; diversamente opinando si finirebbe per ammettere un concorrente a modificare *ex post* la propria proposta contrattuale a piacimento, con ovvia violazione sia del ragionevole affidamento della stazione appaltante sul *clare loqui* e sul contenuto delle proposte contrattuali, sia della *par condicio* degli altri concorrenti particolarmente delicata ad offerte note.

Nel caso di specie, fermo restando che l'errore è certamente rilevante in quanto incide su una caratteristica strutturale dell'intero progetto proposto rispetto ad un requisito minimo legale dello stesso, non si comprende come tale errore fosse percepibile dalle controparti alla luce della prima documentazione prodotta in gara da Siemens.

La concorrente Siemens sul punto ha infatti redatto estesissime difese senza mai indicare da quale puntuale documento o dichiarazione già originariamente presentato in gara fosse evincibile la natura erronea e non volontaria della proposta di un 16% di materie plastiche riciclate.

Già in fase procedimentale la concorrente si era poi giustificata producendo documentazione tecnica attestante il contenuto di materie plastiche di materiali impiegati, documentazione che pacificamente non aveva prodotto in gara, nonché sostenendo di avere, sempre nell'originaria proposta, altresì errato nell'indicare la composizione dei rivestimenti; anche per questi ultimi la diversa composizione quanto alla plastica riciclata non si evince da alcun documento prodotto in gara e resta quindi frutto solo di una successiva modifica della proposta.

La Siemens sostiene tuttavia che, a tutto concedere, la documentazione tecnica poteva sempre essere prodotta in una fase successiva e comunque con il soccorso istruttorio, pena un eccessivo formalismo nella conduzione della gara.

L'intero castello argomentativo sconta un problema di fondo: ove la concorrente avesse dichiarato di rispettare le prescritte percentuali, senza produrre la pertinente documentazione, si sarebbe posto il problema della legittimità o meno di una produzione successiva a supporto di tale dichiarazione. Per contro, nel caso di specie, resta l'insuperabile problematica dell'errore ostativo non emendabile in quanto non riconoscibile, sicchè la documentazione tecnica prodotta successivamente non può più dirsi volta a comprovare o meglio chiarire quanto già dichiarato, o al più omesso, ma semplicemente a contraddire quanto dichiarato in gara.

Ancora non pare rilevante l'ampia discussione relativa a quale sia la corretta fase di gara per l'indicazione di dettaglio della composizione dei materiali ai fini del rispetto dei CAM.

Premesso infatti che, come osservato dalla controparte, la giurisprudenza citata dalla Siemens si è formata con riferimento ad appalti di lavori, mentre nel caso di specie l'oggetto della gara comprendeva la progettazione, è evidente che l'intera normativa in materia, là dove menziona la necessità di rispetto degli stessi in fase esecutiva, risulta destinata in termini generali alle gare pubbliche. Pare evidente che ove la gara, ad esempio, si svolga su un progetto redatto dalla stazione appaltante ed abbia ad oggetto la mera esecuzione dei lavori, il rispetto dei CAM potrà divenire problematica di tipo esecutivo.

Diverso appare certamente il presente caso, in cui al concorrente erano assegnate le stesse scelte progettuali per le quali, evidentemente, non poteva che porsi *ab origine* il problema di una loro conformazione ai parametri di legge e di capitolato sul punto.

Ancora, al di là del fatto che la legge di gara prevedendo l'attribuzione di un maggior punteggio per chi avesse utilizzato anche maggiori percentuali di plastica riciclata coerentemente chiedeva ai concorrenti di comprovare tale caratteristica sin dall'offerta anche con documentazione tecnica specifica, resta il fatto, insuperabile, che non ricorre nel caso di specie l'ipotesi del concorrente che abbia dichiarato una certa percentuale idonea di impiego di materiale plastico riciclato (salvo essere al limite ammesso a documentarlo in momento successivo) ma del concorrente che ha proprio positivamente dichiarato una percentuale difforme da quella minima prescritta, senza essere in grado (se non integrando, *rectius* modificando la propria unica dichiarazione negoziale sul punto) di esplicitare da quali degli originari elementi dell'offerta sarebbe evincibile l'asserito errore ostativo.

Da ultimo, per completezza argomentativa sulla questione, si segnala come la Siemens abbia impugnato in via incidentale la legge di gara sostenendo che, sullo specifico punto, la stessa non era chiara. L'impugnativa appalesa la sua debolezza là dove la ricorrente incidentale non indica puntualmente quale sarebbe la clausola della legge di gara che intende far cadere ma effettua piuttosto una complessiva ricostruzione e contestazione dell'intera disciplina; evidentemente trattasi

non di una impugnativa di disposizioni ambigue (neppure individuate nelle conclusioni o nella formulazione dei motivi oggetto di censura) ma di una proposta interpretativa alternativa (volta in sostanza a sostenere che il rispetto dello specifico CAM non potesse essere considerato vincolante e comunque prescritto e pena di esclusione in fase di offerta).

Per i motivi già esposti non si ritiene di poter condividere tale assunto, sia per la natura normativa del vincolo, sia per la chiarezza sul punto delle già riportate specifiche e pertinenti disposizioni della legge di gara, sia perché trattavasi di una gara avente ad oggetto una attività progettuale di cui il rispetto dei CAM era individuato come caratteristica funzionale intrinseca e complessiva della proposta (ovviamente raggiungibile a discrezione del concorrente con le proprie libere scelte progettuali); una offerta che dichiaratamente non rispetti tale caratteristica in termini complessivi e funzionali appare non conforme per l'intero progetto.

L'accoglimento della censura in punto rispetto dei CAM comporta l'illegittimità della revoca in autotutela dell'esclusione dalla gara della concorrente Siemens, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della stessa e assorbimento delle ulteriori molteplici contestazioni mosse da Beckman alla posizione Siemens.

La decisione resa sul ricorso principale RG 84/2021 assorbe a sua volta le contestazioni mosse in via incidentale nel diverso giudizio RG 131/2021.

Posto tuttavia che alla gara hanno preso parte solo due concorrenti, Siemens conserva interesse al vaglio delle censure dalla medesima proposte nelle varie impugnative (sia incidentale nel ricorso RG 84/2021 che principale nel ricorso RG 131/2021), volte a conseguire l'esclusione anche della concorrente Beckman, poiché ciò comporterebbe la necessità di ripetere la gara per mancanza di valide offerte.

Sostiene la concorrente Siemens, a sua volta riproponendo in sede giudiziaria valutazioni originariamente espresse dalla stazione appaltante, che Beckman avrebbe anch'essa dovuto essere esclusa per aver proposto, sempre in relazione alle opere, di realizzare i rivestimenti di cui all'art. 4.7 del capitolato tecnico anziché in PVC, come prescritto dalla legge di gara, con smalto naturale acrilico tipo Sikkens Alpha Unidecor, il tutto senza dimostrarne l'equivalenza; quanto poi al punto A2.20 dell'allegato 2, la Beckman avrebbe offerto un sistema ad alta automazione caratterizzato da "2700 giri" anziché, come richiesto dalla legge di gara, di 2700 g, da leggersi secondo Siemens quale RCF (Relative Centrifugal Force), ossia forza centrifuga pari ad un determinato multiplo della forza di gravità (G).

Muovendo da quest'ultima contestazione, l'art. A2.20 dell'allegato 2 rubricato "caratteristiche e prestazioni essenziali strumentazione diagnostica e reagenti" al punto A2.20 recitava:

“Il sistema di AA deve eseguire le operazioni di centrifugazione con una cadenza analitica oraria complessiva non inferiore a 700 tubi/ora (dovrà essere garantito necessariamente un *back-up* on line delle centrifughe). Attualmente viene utilizzato un ciclo di centrifugazione dei campioni area siero della durata di 8' a 2700g”.

Le parti ampiamente disquisiscono sul significato da attribuire alla prescrizione tecnica di “2700g” per le centrifughe, prescrizione che Beckman legge come $g = \text{giri}$ e Siemens legge come $g = \text{RCF}$, forza di centrifugazione.

Senonché pare al collegio che il tenore della legge di gara fosse inequivocabilmente prescrittivo solo nella prima parte (per quanto concerne la cadenza analitica oraria e il *back up*) e fosse invece meramente descrittivo della strumentazione in uso per quanto concerne il ciclo di centrifugazione.

Premesso che la prescrizione di requisiti a pena di esclusione di un concorrente non può che essere inequivoca e soggetta ad interpretazione restrittiva, posto che il dovere di *clare loqui* grava altresì ed ancor più sulla stazione appaltante, il tenore della legge di gara non indicava come inequivocabilmente indispensabile il mantenimento delle caratteristiche del ciclo di centrifugazione in essere.

Con riferimento a tale caratteristica nel corso della gara era stato chiesto un chiarimento del seguente tenore:

“Con riferimento alla richiesta dell'allegato 2 punto A2.20 “il sistema di AA deve eseguire le operazioni di centrifugazione con una cadenza analitica oraria complessiva non inferiore a 700 tubi/ora (dovrà essere garantito necessariamente un *back-up* on line delle centrifughe). Attualmente viene utilizzato un ciclo di centrifugazione dei campioni area siero della durata di 8' a 2700g” si chiede di confermare che la modalità di centrifugazione indicata (8' a 2700g) debba essere utilizzata per il calcolo del numero di centrifughe da offrire per garantire la produttività richiesta di 700/tubi ora ed anche per il calcolo dell'indice di efficienza produttiva (IEP) richiesto al punto B3-2 dell'allegato 7.” Alla richiesta la stazione appaltante ha risposto “si conferma”.

Su questa base la concorrente Siemens ritiene che il requisito dei “2700g” fosse necessariamente vincolante.

E' pacifico principio dell'evidenza pubblica quello per il quale i chiarimenti non possono integrare le previsioni della legge di gara, tantomeno in senso restrittivo della concorrenza, ma al più chiarirle. Ora al di là della diatriba tecnica sul significato da attribuirsi all'espressione “2700g” e che, seguendo l'impostazione delle parti, non è espressamente risolta neppure dal chiarimento (il quale si limita alla ripetizione della letterale prescrizione della legge di gara “2700g”), resta il fatto che la prescrizione della legge di gara non era univoca in termini di vincolatività delle

caratteristiche del ciclo di centrifugazione in uso e tanto basta, per il principio del *favor participationis*, ad impedire che se ne possano far discendere effetti escludenti dell'offerta Beckman.

Quanto alla seconda problematica tecnica, l'art. 4.7 del capitolato tecnico in tema di rivestimenti prescriveva: "Dopo la preparazione delle pareti, dovrà essere realizzato il rivestimento in PVC classe 1 elettrosaldato a tutta altezza, rispondenti alla normativa antincendio con colorazione a scelta del Committente. Il rivestimento PVC dovrà costituire un foglio unico saldato alle pareti; per tutti i locali è richiesto che esso sia impermeabile e facilmente pulibile."

E' pacifico che la concorrente Beckman ha esplicitamente offerto di sostituire il PVC con uno smalto acrilico di cui ha dichiarato la marca; si legge nella relazione dell'offerta che per "i rivestimenti si è optato per uno smalto lavabile per garantire le condizioni di igienicità e pulizia, nel rispetto della normativa di prevenzione antiincendio"; la documentazione tecnica di dettaglio era facilmente reperibile anche su internet, trattandosi di prodotti di uso piuttosto comune.

Al punto 78 del capitolato tecnico codice ED. P688.200.H.111 la Beckman ha così descritto il rivestimento offerto: "Tinteggiatura di pareti interne con smalto murale all'acqua lavabile, certificato per ambienti ospedalieri, in due strati con finitura a scelta della D.L.. Smalto murale acrilico all'acqua tipo Sikkens Alpha Unidecor BL MAT o similare, per pareti interne, inodore, esente da solventi ed emissioni, certificato per ambienti alimentari/ospedalieri. Smalto posato a 2 mani sovrapposte nei colori e finitura a scelta della DL.....

Compresa preparazione del fondo con posa di una mano di fondo pigmentato all'acqua a base di resine in emulsione e pigmenti selezionati tipo Sikkens Alpha BL Grond o similare. Compresi oneri per il rilascio delle certificazioni e schede tecniche in merito alla lavabilità del prodotto. Tinteggio nei colori e finiture a scelta del progettista e della D.L. fino ad altezza di 4,50 m.....Compreso eventuale maggior compenso per l'utilizzo di materiali rispondenti ai CAM (Criteri Ambientali Minimi) di cui al D.M. Ministero dell'Ambiente 11.10.2017 e s.m.i. e dotati di dichiarazione e/o certificazione ambientale di prodotto (se reperibili in commercio)."

Pare al collegio innanzitutto che la problematica, ove sia tale, investa un elemento di evidente dettaglio della prestazione opere, a sua volta, come visto, accessoria nell'economia della gara; una considerazione complessiva dell'oggetto del contratto rende non plausibile una esclusione da una gara del valore di oltre 32.000.000,00 di euro per una problematica afferente un rivestimento di una limitatissima porzione dell'intervento opere, fermo restando che non si disquisisce di un esito dell'offerta che la renda chiaramente ed oggettivamente inidonea.

La minuziosa disquisizione sulle caratteristiche dei due materiali esula infatti, a parere del collegio, da una fisiologica problematica di legittimità/eccesso di potere, per sconfinare nel merito delle valutazioni tecniche proprie della commissione, che in definitiva ha ritenuto di riconoscere l'equivalenza dei prodotti (su cui *infra*).

Tanto premesso, se pure il capitolato indicava espressamente il PVC, la stessa prescrizione della legge di gara specificava gli obiettivi che la scelta di quel prodotto intendeva soddisfare, ossia garantire impermeabilità, pulibilità e rispetto della normativa antincendio. La legge di gara non indicava ulteriori puntuali specifiche tecniche, se non la generica descrizione degli obiettivi funzionali perseguiti (e ciò sembra ragionevole tenendo anche conto dell'ordinarietà del prodotto); la concorrente ha sufficientemente esplicitato di poter rispettare, con il prodotto offerto, tali obiettivi, per altro specificando anche la marca dello smalto e rendendo così agevolmente verificabili le connesse specifiche tecniche.

Il computo metrico presentato da Beckman in gara ha poi lasciato una opzione tecnica al D.L., offrendo di realizzare l'intervento con eventuale altro prodotto, purchè rispettoso dei requisiti prescritti dai C.A.M., aspetto che rende la proposta non indeterminata ma lascia in fase esecutiva una maggior scelta al D.L. su un dettaglio costruttivo, il tutto ed esplicita dichiarata parità di costi e dunque con una incidenza nulla sotto il profilo concorrenziale.

In definitiva la concorrente ha proposto quella che ha ritenuto una miglioria, perché più performante dal punto di vista ambientale, fermo quanto prescritto sotto ogni altro aspetto e la non incidenza economica della scelta, rendendosi anche disponibile alla valutazione di un ulteriore prodotto in fase esecutiva; il livello di dettaglio della proposta non consente né di definirla incerta né di inferirne una violazione della legge di gara addirittura a pena di esclusione.

Né è sostenibile che, in questo caso, la stazione appaltante non potesse fare legittimo uso del soccorso istruttorio (ad esempio approfondendo le caratteristiche dello smalto offerto), in quanto la concorrente aveva *ab origine* individuato il materiale, giustificato il suo impiego e correttamente dichiarato quali ne dovevano essere le caratteristiche salienti, assumendo impegno ad offrire materiale equivalente a parità di condizioni in un contesto di legge di gara in cui (si ribadisce per la verosimile ordinarietà del prodotto) non era stata ulteriormente esplicitata alcuna puntuale classe, categoria o indice tecnico cui fare riferimento ai fini di una formale dichiarazione di equivalenza, se non la generica idoneità.

Ne deriva che devono essere respinti i connessi motivi di ricorso proposti da Siemens mentre risultano condivisibili le argomentazioni espresse dalla stazione appaltante nel provvedimento di revoca dell'esclusione della Beckman.

Con ulteriori censure la Siemens contesta il procedimento stesso di revoca in autotutela dell'esclusione evidenziando che, mentre l'esclusione era stata disposta dalla commissione giudicatrice, la riammissione in gara sarebbe stata disposta dal solo RUP, così di fatto usurpando una prerogativa della commissione.

La censura si fonda su una interpretazione rigida ed eccessivamente parcellizzata della conduzione della gara; la commissione giudicatrice è infatti un organo tecnico ausiliario della stazione appaltante, la quale gestisce il procedimento tramite il RUP. I due soggetti sono dunque fisiologicamente in dialogo tra loro. Le decisioni della commissione giudicatrice, fermi i rispettivi specifici ruoli, devono essere, tramite il RUP, fatti comunque propri dalla stazione appaltante. Il RUP, ravvisando (per altro solo in quanto indotto dalla presentazione di ricorsi giurisdizionali) vizi di legittimità nei provvedimenti di esclusione, ha ritenuto di emendarli; d'altro canto la gara è poi proseguita con un ritorno alla commissione giudicatrice, che ha effettuato la valutazione delle offerte. Ora pare al collegio che la valutazione nel merito delle offerte da parte della commissione implichi che quest'ultima, dal punto di vista strettamente tecnico, abbia ritenuto la proposta contrattuale valida ed adeguata, facendo di fatto propria la valutazione del RUP in una fisiologica circolarità dell'attività dei due organi. Ne consegue la reiezione delle relative censure.

Da ultimo la concorrente Siemens ha contestato per alcuni specifici profili l'attribuzione di singole voci di punteggio; al di là dell'attinenza della censura al merito, la concorrente, in quanto ritenuta legittimamente esclusa, non ha interesse a disquisire dell'ordine di graduatoria.

La valutazione del ricorso incidentale proposto nel ricorso RG 84/2021 assorbe le censure proposte nel parallelo ricorso principale RG 131/2021.

In definitiva, in accoglimento delle censure mosse da Beckman, deve essere annullata la revoca in autotutela dell'esclusione della concorrente Siemens, con conseguente legittima esclusione della stessa ed illegittimità derivata dell'aggiudicazione pronunciata in suo favore.

Le censure proposte da Siemens devono per contro essere respinte.

La complessità del giudizio, che ha visto incertezze anche da parte della stazione appaltante, giustifica la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, annulla la deliberazione del direttore generale dell'azienda ospedaliera "Santi Antonio e Biagio e Cesare Arrigo" di Alessandria n. 5 del 07.01.2021 di revoca in autotutela dell'esclusione della

concorrente Siemens Healthcare s.r.l., nonché la conseguente aggiudicazione disposta in favore di Siemens Healthcare s.r.l.;

respinge i motivi di ricorso (principale, per motivi aggiunti e incidentale) proposti da Siemens Healthcare s.r.l.;

compensa le spese tra tutte le parti del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paola Malanetto

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO