

**APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Soccorso procedimentale - Finalità.**

**Tar Emilia Romagna - Bologna, Sez. I, 22 maggio 2023, n. 318**

*“[...] la stazione appaltante ha la possibilità di attivare il c.d. soccorso procedimentale (distinto dal c.d. soccorso istruttorio di cui all’art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016) per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica, tramite l’acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell’offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentirne l’esatta interpretazione e a ricercare l’effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità [...]”.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent – Er, di Philips S.p.a. del Ministero della Salute e del Ministero dell’Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 27 aprile 2023 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.-Con il ricorso in esame Siemens Healthcare S.r.l., quale seconda classificata con punti 87,59, ha impugnato tutti gli atti della procedura aperta indetta da Intercent-Er per l’affidamento della fornitura in acquisto di tomografi computerizzati 128 slice per le aziende sanitarie della Regione Emilia Romagna relativamente al Lotto 1, nella parte in cui ha indicato quale concorrente primo in graduatoria Philips s.p.a. con punti 93,68.

Il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’importo a base di gara è stato stabilito in 12.340.000,00 (comprensivo di manutenzione) e la gara è finalizzata alla stipula di un Accordo quadro con i primi due operatori economici in graduatoria (c.d. multifornitura) si che l’impresa ricorrente quale seconda classificata si è aggiudicata n. 6 attrezzature mentre Philips s.p.a. ben 17.

L’appalto è finanziato in parte con fondi del PNRR si che il ricorso è stato notificato anche al Ministero della Salute e delle Finanze ai sensi dell’art. 12 bis c. 4 D.L. 68/2022.

A sostegno del gravame ha dedotto motivi così riassumibili:

1)Eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto. Travisamento. Difetto di istruttoria e illogicità manifesta. Violazione dell’art. 17.1 del disciplinare di gara. Violazione All. 6 al Disciplinare: sarebbe del tutto erronea l’attribuzione a Siemens di 0 punti rispetto ai previsti 5 punti per il criterio valutativo

n. 24 “rendimento energetico” avendo la Commissione erroneamente applicato la formula matematica prevista dal bando che non le avrebbe lasciato alcuna discrezionalità; con l’attribuzione dei 5 punti spettanti la ricorrente diverrebbe prima si da avere interesse all’esame del ricorso essendo la propria offerta tecnica migliore dal punto di vista del parametro del consumo energetico.

II) Illegittimità della Determinazione dirigenziale n.732 del 21.12.2022 per illegittimità del punteggio erroneamente attribuito a Siemens per il criterio n.24: in via derivata sarebbe illegittima anche l’aggiudicazione dal momento che Siemens con la riparametrazione dei punteggi diverrebbe prima davanti a Philips.

Si è costituita in giudizio l’Agenzia regionale di Sviluppo dei Mercati telematici “Intercent-Er” eccependo l’infondatezza del gravame poiché in sintesi l’odierna ricorrente non avrebbe fornito alla Commissione i richiesti chiarimenti a fronte di un consumo indicato del tutto anomalo rispetto agli standard di mercato e non credibile, non consentendo il calcolo del richiesto consumo giornaliero.

Si è costituita anche Philips s.p.a. eccependo l’infondatezza della pretesa azionata con argomentazioni simili a quelle rappresentate dalla stazione appaltante.

Alla camera di consiglio del 8 febbraio 2023 con ordinanza n. 51/2023 la domanda incidentale cautelare è stata respinta.

In prossimità della trattazione nel merito le parti hanno depositato memorie e documentazione.

In particolare Philips ha proposto ricorso incidentale teso a supportare la decisione dell’Amministrazione di non attribuzione di punteggio in merito al criterio valutativo n. 24 anche sotto ulteriori profili non evidenziati dalla Commissione, deducendo motivi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vario profilo.

Con memoria Siemens Healthcare S.r.l. ha replicato alle doglianze di cui al ricorso incidentale ed insistito per l’accoglimento del ricorso principale

La difesa di Intercenter-er ha eccepito l’inammissibilità del ricorso principale sia per difetto di interesse per mancata prova di resistenza dato che il punteggio massimo in ipotesi spettante sarebbe pari a 4,47 punti e non a 5 sia in parte per l’ampliamento del “thema decidendum” quanto alle ipotesi alternative di consumo indicate soltanto con memoria difensiva.

Alla pubblica udienza del 27 aprile, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.-E’ materia del contendere la legittimità dell’aggiudicazione della procedura aperta indetta da Intercent-Er per l’affidamento della fornitura in acquisto di tomografi computerizzati 128 slice per le aziende sanitarie della Regione Emilia Romagna relativamente al Lotto 1, nella parte in cui ha indicato quale concorrente primo in graduatoria Philips s.p.a.

Contesta la ricorrente principale, seconda classificata e dichiarata aggiudicataria per n. 6 apparecchiature (contro le 17 di Philips) l'attribuzione di 0 punti rispetto ai 5 previsti per il criterio valutativo n. 24 "rendimento energetico" previsto dal bando lamentando l'erronea applicazione da parte della Commissione della formula matematica prevista dal bando.

2.- Preliminarmente ritiene il Collegio di dover esaminare con priorità il ricorso principale potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale.

Secondo giurisprudenza oggi pacifica formatasi dopo il noto arresto del giudice comunitario (C.G.U.E. sez. V, 5 settembre 2019 causa C-333/18) l'accoglimento del gravame incidentale non determina ex se l'improcedibilità di quello principale, continuando ad esistere, in capo al ricorrente principale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, sia pure estranee al processo, laddove il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 3 marzo 2022, n.1536; T.A.R. Trentino-Alto Adige Trento, sez. I, 19 luglio 2022, n.143 cfr. Consiglio di Stato., sez. IV, 13 ottobre 2020, n. 6157; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater 26 gennaio 2022, n. 862; T.A.R. Trentino – Alto Adige Südtirol, Trento, 4 aprile 2022, n. 75; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Südtirol, Trento, 5 marzo 2021, n. 35; T.R.G.A. Trentino – Alto Adige, Trento, 4 gennaio 2021, n. 1; Consiglio di Stato., sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431; id., 13 ottobre 2020, n. 6151).

3.- Può prescindersi per ragioni di economia processuale dall'esame delle eccezioni in rito sollevate nei confronti del ricorso principale, essendo esso infondato.

4.- Si controverte come visto in ordine alla valutazione da parte della Commissione dell'offerta tecnica della ricorrente principale quanto al criterio valutativo n. 24 "rendimento energetico" per il quale la *lex specialis* ha dettato specifici parametri.

Le specifiche per il calcolo del consumo giornaliero di energia, oltre a rispondere ai precisi parametri fissati dal COCIR, sono state riportate nell'All. 6 al Disciplinare denominato "questionario offerta tecnica", che qui si riporta nel testo originale:

#### “SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE

Saranno attribuiti punti in funzione del consumo giornaliero di energia  $E$  (kWh/giorno), calcolato come di seguito indicato:  $E = \text{kWh/giorno} = P_{\text{Off}} \times T_{\text{Off}} + P_{\text{Basso}} \times T_{\text{Basso}} + N_{\text{Scan}} \times E_{\text{Scan}} + P_{\text{Inattivo}} \times (24\text{h} - T_{\text{Off}} - T_{\text{Basso}} - N_{\text{Scan}} \times T_{\text{Scan}})$

Dove:

–  $P_{\text{Off}}$ : consumo energetico (kW) in modalità spenta indicato dall'operatore economico

- TOff: tempo in ore al giorno per modalità spenta = 12 h
- PBasso: consumo energetico (kW) in modalità di basso consumo indicato dall'operatore economico
- TBasso: tempo in ore al giorno per ogni modalità a basso consumo = 7 h
- NScan: numero di scansioni in un giorno = 10
- TScan: tempo in ore di una scansione = 0,5 h
- EScan: Energia (kWh) assorbita durante la scansione dell'addome indicata dall'operatore economico

Una volta determinato il consumo energetico mediante l'applicazione della formula di cui sopra, il coefficiente che moltiplicherà il punteggio massimo attribuibile verrà determinato come di seguito riportato:

$E_{min}/E_a$

Dove

$E_{min}$  = consumo energetico inferiore determinato in gara

$E_a$  = consumo energetico dell'apparecchiatura offerta dal concorrente a..."

Ha specificato il Disciplinare che "Gli offerenti devono dichiarare i valori richiesti per l'attribuzione del punteggio ovvero fornire una relazione di prova conforme alla SRI del COCIR per le apparecchiature per il trattamento di immagini (cfr. [www.cocir.org/site/index.php?id=46](http://www.cocir.org/site/index.php?id=46)), o equivalente, che presenti i dati di rendimento energetico. Le prove devono essere condotte da laboratori conformemente ai requisiti generali della norma EN ISO 17025, U.S. 21 CFR parte 820, ISO 13485 o equivalente, secondo le condizioni di prova sopra riportate.

5.- Va rilevato che in sede di gara Siemens Healthcare ha indicato un consumo (1,68 kwh per giorno) su 7 ore in funzionamento stand by (come sopra richiesto) ritenuto del tutto anomalo dalla Commissione, assimilabile a quello di una lampadina e del tutto difforme dagli standard di mercato e da quelli indicati dagli altri concorrenti (pari ad un valore oscillante tra 21,05 Kw/giorno e 46,23/giorno).

Ciò ha indotto la Commissione a chiedere l'8 novembre 2022 chiarimenti alla ricorrente principale. Avvedutasi di una discrasia tra il consumo dichiarato per ogni ora in stand by nell'offerta ed il consumo dichiarato nella formula usata per ottenere il punteggio la Commissione in data 24 novembre 2022 ha effettuato una seconda richiesta di chiarimenti, riscontrata da Siemens il 28 novembre.

In sede di chiarimenti la Commissione ha rilevato l'incongruenza dei dati forniti da Siemens ritenendo non possibile considerare lo stand by su sette ore per poi fornire un valore al numero di ore pari a zero.

Senza volersi addentrare nel merito della formula matematica sopra illustrata, comunque rimasta del tutto inoppugnata, per il quale sarebbe indispensabile una c.t.u. o verifica, ritiene il Collegio

come il valore di consumo in stand by per 24 ore debba essere proporzionalmente calcolato in riferimento alle 7 ore di stand by si che il valore indicato dalla Siemens non appare credibile.

E' invece dirimente a giudizio del Collegio rilevare come i consumi indicati dalla ricorrente principale in sede di offerta siano "ictu oculi" lontani dai valori di mercato e da quelli indicati dagli altri concorrenti in sede di gara, si che Siemens avrebbe dovuto quantomeno indicare le particolari tecniche utilizzate per ridurre i consumi.

Come noto la stazione appaltante ha la possibilità di attivare il c.d. soccorso procedimentale (distinto dal c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016) per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità (*ex multis* T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 25 ottobre 2022, n.1020; Consiglio di Stato sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481).

Nel caso di specie le ben due richieste di chiarimenti disposte non hanno consentito di chiarire l'esaminato aspetto del consumo energetico ovvero di un dato rilevante al fine dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, non potendo la stazione appaltante poter attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (*ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039; Id. 3 agosto 2018, n. 4809; Id. sez.V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

6.- Ne consegue l'infondatezza del gravame principale, non avendo la ricorrente principale fornito plausibili elementi alla Commissione per l'attribuzione del maggior punteggio richiesto ed essendo del tutto ragionevole l'attribuzione di un punteggio pari a zero, sulla base di una formula matematica del bando non contestata.

7.- Alla luce delle suesposte argomentazioni il ricorso principale è infondato e va respinto con conseguente improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale.

Le spese seguono la soccombenza, come da dispositivo, nei confronti di Intercent-Er e di Philips s.p.a. mentre sussistono giusti motivi per disporre la compensazione con il Ministero della Salute ed il Ministero dell'Economia e Finanze attesa la relativa mera costituzione formale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- a) respinge il ricorso principale;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente principale alla refusione delle spese di lite in favore di Intercent-Er e di Philips s.p.a., in misura di 3.000,00 (tremila/00) euro ciascuno, oltre accessori di legge; compensa con il Ministero della Salute ed il Ministero dell'Economia e Finanze.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO