

Annullamento dell'aggiudicazione definitiva: il revirement della commissione in assenza di errori materiali. Valutazione non emendabile ex post.

di Rosamaria Berloco

Data di pubblicazione: 15-3-2017

1. Il dubbio circa alcune delle presunte carenze dell'offerta tecnica dell'a.t.i. Optimus sarebbe stato fugato dal contraddittorio personale fra i commissari di gara e i rappresentanti delle ditte associate. (...) il ritardo con cui i profili dubbi sono stati chiariti va ascritto al modus operandi posto in essere dalla stessa commissione e dalla stazione appaltante e non ad atteggiamenti reticenti dell'a.t.i. Optimus. In realtà in molti casi l'effettiva possibilità di fornire chiarimenti è legata alla previa comprensione dei profili da chiarire e questa comprensione, a volte, è più agevole a seguito di colloqui personali piuttosto che di semplici scambi epistolari.

2. Con riguardo al profilo della carenza documentale, la commissione ha enucleato ex post una causa di esclusione non prevista dal bando (e in sé non sufficientemente puntuale) ed ha comunque contraddetto il proprio precedente giudizio valutativo.

GUIDA ALLA LETTURA

La pronuncia in commento pone l'attenzione sui limiti all'operato della commissione di gara una volta conclusa la propria attività valutativa.

La questione muove dalla impugnazione del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione definitiva adottato dalla Stazione appaltante ai danni di un concorrente la cui offerta tecnica era stata valutata conforme al capitolato.

Nel caso concreto, un Consorzio partecipava in ATI ad una procedura ad evidenza pubblica indetta dall'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord per l'affidamento dell'appalto di fornitura e posa in opera di una nuova centrale di sterilizzazione a servizio del Presidio ospedaliero di Pesaro e, all'esito della valutazione delle offerte, veniva dichiarata aggiudicataria.

Tuttavia, sulla scorta di un reclamo formulato dal secondo classificato in graduatoria, il RUP decideva di sottoporre a rivalutazione l'offerta del Consorzio aggiudicatario, il quale veniva invitato a fornire chiarimenti su talune carenze denunciate. A seguito di tale rivalutazione, la stazione appaltante annullava in autotutela l'aggiudicazione disposta in favore del Consorzio e

aggiudicava l'appalto al secondo classificato.

A fronte di tanto, il Consorzio ricorreva al Tar per ottenere l'annullamento del provvedimento lesivo reso in autotutela e il subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato o, in subordine, il risarcimento dei danni per equivalente, rilevando che l'offerta tecnica era del tutto rispondente al capitolato e che i profili eventualmente incerti erano stati precisati in sede di chiarimenti.

La sentenza in esame, nell'accogliere il ricorso e i motivi aggiunti proposti dal Consorzio, osserva in primo luogo che la stazione appaltante ha senza dubbio la possibilità di rivedere in autotutela l'aggiudicazione definitiva fino al momento della stipula del contratto, in ossequio al principio di buon andamento della P.A.. Il RUP, dunque, è competente a svolgere una verifica di natura formale documentale e ad individuare palesi errori di calcolo o comunque rilevabili *ictu oculi*, ma non può "in solitudine" rivedere le offerte, posto che tanto potrebbe alterare l'ordinario sistema di competenze fra organo collegiale e organo monocratico.

Nel caso sottoposto al vaglio del Collegio, questi principi non sono stati tuttavia correttamente applicati poiché, per un verso, il RUP ha chiesto alla commissione di rivedere il merito delle valutazioni tecniche una volta conclusa la fase valutativa, per altro verso, la commissione non si è limitata a verificare possibili errori materiali commessi nella fase di lettura e valutazione dell'offerta tecnica del Consorzio, ma ha sovvertito il proprio precedente giudizio di merito.

Nel corso del giudizio è emerso, invero, che l'offerta del Consorzio era *in parte qua* conforme al capitolato tecnico e che i dubbi sulle carenze documentali, sorti a seguito del reclamo proposto dal secondo classificato, sarebbero stati *ab origine* fugati se i rappresentanti dell'aggiudicataria fossero stati sentiti personalmente dai commissari. A tale proposito, il Tar precisa che il ritardo con cui i profili dubbi sono stati chiariti va ascritto al *modus operandi* posto in essere dalla commissione e dalla stazione appaltante e non ad atteggiamenti reticenti del Consorzio in ragione del fatto che, in molti casi, l'effettiva possibilità di fornire chiarimenti è legata alla previa comprensione dei profili da chiarire e questa comprensione è senz'altro resa più agevole da colloqui personali piuttosto che da semplici scambi epistolari.

Più in particolare, in sede di gara, la commissione ha ritenuto ammissibile *in parte qua* l'offerta e tale giudizio non poteva essere sovvertito in sede di riesame sulla scorta di presupposti fattuali errati. La commissione, infatti, sarebbe stata *ex post* tratta in inganno dal *rendering* fotografico allegato all'offerta del Consorzio, *rendering* che, tuttavia, il concorrente non era onerato a presentare poiché non richiesto dalla *lex specialis*.

Al riguardo, osserva il Tar, in caso di discordanza fra quanto risulta da *dépliant* illustrativi e *rendering* fotografici e quanto dichiarato dal concorrente nell'offerta, la commissione dovrebbe tenere conto di quest'ultima dichiarazione anche perché i *dépliant* servono solo a illustrare meglio il materiale offerto.

Sotto altro profilo, l'aggiudicazione è stata annullata per incompletezza degli elaborati progettuali, che, però, non erano richiesti espressamente dal bando né dal disciplinare e tantomeno dal capitolato; di talché, ad avviso del Collegio, la commissione avrebbe enucleato *ex post* una causa di esclusione non prevista dal bando sovvertendo il proprio precedente giudizio valutativo.

Sul punto, osserva acutamente il Collegio, il fatto che il progetto del Consorzio avesse ottenuto il miglior punteggio per l'offerta tecnica dimostra anzi che i commissari avevano avuto la possibilità di apprezzare la validità delle soluzioni progettuali sulla base della documentazione disponibile. Tale valutazione, dunque, non era più emendabile *ex post*, visto che la stessa non risultava viziata da errori materiali. Il *révirement* della commissione non risulterebbe, pertanto, giustificato né debitamente motivato.

Al riguardo, e più in generale, la sentenza in commento ci tiene a rammentare che, nelle gare di appalto, la commissione, una volta conclusa la propria attività valutativa, non può tornare sulle proprie decisioni - tanto più quando il procedimento è approdato ormai alla fase dell'aggiudicazione definitiva - poiché ciò, oltre a causare appesantimenti procedurali, darebbe luogo ad un contenzioso nutritissimo e potrebbe far insorgere anche dubbi sulla genuinità del "ravvedimento".

Sulla scorta di tali motivazioni, il Tar ha annullato l'impugnato atto di autotutela con conseguente reviviscenza dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore del Consorzio e la reintegrazione in forma specifica dell'interesse azionato in giudizio.

Pubblicato il 27/02/2017

N. 00154/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00621/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 621 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Consorzio Optimus Soc. Consortile a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Crispiani, Cristiana Pesarini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristiana Pesarini, in Ancona, Corso Mazzini, 160;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Iorio, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria T.A.R. Marche, in Ancona, via della Loggia, 24;

nei confronti di

Multi Medical Services S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Paoletti S.r.l. e Idrotermica Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Macchi, Paolo Soattini, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria T.A.R. Marche, in Ancona, via della Loggia, 24;

per l'annullamento

previa sospensione

1) della Determina del Direttore Generale dell'AO Ospedali Riuniti Marche Nord n. 682 del 20 settembre 2016 avente ad oggetto "*Determina n. 587 del 26 luglio 2016. Annullamento in autotutela e aggiudicazione definitiva in favore del RTI MMS-PAOLETTI-IDROTERMICA*";

2) Nota RUP del 2 agosto 2016 prot. 282584 indirizzata ai membri della Commissione Giudicatrice;

3) Nota della Commissione Giudicatrice del 6 agosto 2016 prot. 283404 indirizzata al RUP;

4) Comunicazione del RUP dell'8 agosto 2016 prot. n. 0032556;

5) Provvedimento della Commissione Giudicatrice del 14 settembre 2016 prot 289447 con allegato il nuovo computo dei punteggi già assegnati;

nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e connesso inerente la procedura di annullamento dell'aggiudicazione definitiva avvenuta con determina n. 587 del 26 luglio 2016,

e per la condanna

dell'amministrazione alla reintegrazione in forma specifica o, in subordine, al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord e di Multi Medical Services S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2017 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio ricorrente, in a.t.i. con ALS Angelantoni S.p.A. e Miele Italia S.p.A., ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dall'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord per l'affidamento dell'appalto di fornitura e posa in opera di una nuova centrale

di sterilizzazione a servizio del Presidio ospedaliero di Pesaro.

2. All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche l'a.t.i. capeggiata da Optimus risultava aggiudicataria. L'a.t.i. capeggiata dalla ditta Multi Medical Service (nel prosieguo MMS) formulava però un reclamo amministrativo, segnalando alla stazione appaltante le numerose manchevolezze dell'offerta tecnica presentata dall'a.t.i. Optimus; il RUP decideva quindi di sottoporre a rivalutazione l'offerta dell'aggiudicataria, la quale veniva invitata a fornire chiarimenti sulle voci contestate dall'a.t.i. MMS. Presa visione dei suddetti chiarimenti, la commissione di gara riteneva sussistenti numerose carenze denunciate dall'a.t.i. MMS, di talché la stazione appaltante ha annullato in autotutela l'aggiudicazione disposta in favore dell'a.t.i. Optimus ed ha aggiudicato l'appalto all'a.t.i. MMS.

3. Il Consorzio ricorrente censura l'operato dell'A.O. Ospedali Riuniti Marche Nord (nel prosieguo, l'A.O.) per i seguenti motivi:

a) difetto di motivazione (anche in relazione alla natura del potere esercitato), difetto di istruttoria, disparità di trattamento, violazione della *par condicio*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* L. n. 241/1990. Erroneità dei presupposti (con riguardo al fatto che l'offerta tecnica era del tutto rispondente al capitolato e che, comunque, tutti i profili eventualmente incerti sono stati precisati in sede di chiarimenti);

b) eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza ed illogicità manifeste. Eccesso di potere per ingiustizia grave e disparità di trattamento. Difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* L. n. 241/1990;

c) eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifeste. Violazione della *par condicio*. Violazione art. 77, comma 11, D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* L. n. 241/1990.

Il Consorzio ricorrente ha formulato altresì la domanda di subentro (previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore*) e, in subordine, la domanda di risarcimento dei danni per equivalente monetario.

4. Si sono costituiti in giudizio l'A.O. Marche Nord e la controinteressata MMS (in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i.), chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 379/2016 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare, nei limiti del divieto di stipula del contratto (invitando nel contempo l'amministrazione a riesaminare i chiarimenti resi dall'a.t.i. Optimus previa audizione personale dei rappresentanti del raggruppamento), ed ha fissato per la trattazione del merito l'udienza del 13 gennaio 2017.

In data 23 dicembre 2016 l'A.O. resistente ha depositato la documentazione relativa al procedimento di riesame.

5. In data 20 gennaio 2017 il Consorzio Optimus ha depositato un atto di motivi aggiunti, con cui contesta la motivazione posta a base dell'atto con il quale la stazione appaltante ha

proceduto al riesame dell'offerta tecnica e dei successivi chiarimenti.

In particolare, poiché la commissione di gara ha indicato alcuni ulteriori profili che confermerebbero le perplessità emerse nel corso dell'originario procedimento circa la conformità dell'offerta tecnica dell'a.t.i. alla *lex specialis*, il Consorzio ricorrente deduce che:

- è stato violato il divieto di motivazione postuma dei provvedimenti amministrativi aventi natura non vincolata;

- la commissione di gara è incorsa in ulteriori gravi travisamenti della documentazione presentata in gara e dei successivi chiarimenti, ed ha introdotto motivi di esclusione nuovi che non trovano rispondenza negli atti di gara.

L'avvenuto deposito dei motivi aggiunti ha imposto il differimento dell'udienza di trattazione al 10 febbraio 2017.

6. Il ricorso e i motivi aggiunti vanno accolti, alla luce delle seguenti considerazioni.

7. In generale, non si può dubitare del fatto che una stazione appaltante abbia la possibilità di rivedere in autotutela l'aggiudicazione definitiva fino al momento della stipula del contratto (vedasi al riguardo anche Cons. Stato, Ad. Plen. n. 14/2014), perché ciò obbedisce al principio di buon andamento della P.A. Naturalmente, detto per inciso, ciò potrebbe determinare l'insorgenza di pretese risarcitorie o indennitarie da parte dell'aggiudicatario, ma questo è irrilevante ai fini della valutazione circa la legittimità dell'autotutela.

In tale ottica, va respinta la censura con cui si deduce la violazione dell'art. 77, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto improntata ad un'ottica estremamente formalistica. In effetti, laddove insorga un serio dubbio circa la correttezza delle valutazioni operate dalla commissione di gara, è del tutto ovvio che la relativa verifica sia di competenza della stessa commissione (salvo quanto si dirà nel prosieguo). Il RUP è competente a svolgere una verifica di natura formale-documentale e ad individuare palesi errori di calcolo o comunque rilevabili *ictu oculi*, ma non può "in solitudine" rivedere le offerte, perché ciò equivarrebbe ad alterare l'ordinario sistema di competenze fra organo collegiale e organo monocratico. Né, se la verifica è limitata ai profili dianzi indicati, è necessaria la nomina di una nuova commissione.

8. Nella specie, però, tali principi non sono stati correttamente applicati, in quanto:

- da un lato, il RUP ha chiesto alla commissione di rivedere il merito delle valutazioni tecniche già espresse in sede di gara;

- dall'altro lato, la commissione ha acceduto a tale richiesta, non solo verificando possibili errori materiali commessi nella fase di lettura e valutazione dell'offerta tecnica dell'a.t.i. Optimus, ma addirittura sovvertendo il proprio precedente giudizio di merito.

9. Va infatti evidenziato che le carenze denunciate dall'a.t.i. controinteressata erano di due tipi: per un verso, si stigmatizzavano quelli che ben potrebbero essere definiti errori di fatto di

tipo revocatorio commessi dall'organo di gara (ci si riferisce, ad esempio, alla temperatura di scarico delle macchine lavastrumenti o al fatto che i carrelli esterni proposti dall'a.t.i. Optimus fossero o meno regolabili elettricamente in altezza), per altro verso si contestava il merito di alcune valutazioni operate con riguardo, sostanzialmente, alla ammissibilità di varianti progettuali proposte dall'a.t.i. Optimus e/o alla sostanziale rispondenza dell'offerta tecnica alla *lex specialis*.

10. Per quanto riguarda il primo gruppo di censure, il Tribunale ritiene che l'operato del RUP e della commissione sia corretto quanto all'*an* della verifica postuma, non essendovi dubbio alcuno sulla necessità di emendare eventuali errori, dovuti ad abbaglio dei sensi, posti in essere dai commissari in sede di lettura e valutazione dell'offerta tecnica dell'a.t.i. Optimus.

Per cui, se un più attento esame - da effettuare eventualmente anche in contraddittorio con il concorrente, come in effetti è accaduto - avesse rivelato che la macchina lavaferri proposta dall'a.t.i. Optimus non garantiva in alcun modo la temperatura di scarico non superiore a 50° C, l'aggiudicazione andava revocata (emergendo chiaramente dal capitolato che il requisito in parola era inderogabile - vedasi punto 2.1.6, ultimo periodo, del capitolato descrittivo prestazionale, pag. 17).

Analogo discorso è a farsi per altri errori della medesima natura eventualmente commessi dall'organo di gara che fossero emersi in sede di verifica.

11. Lo stesso non può invece dirsi con riguardo ad altri profili sollevati dall'a.t.i. MMS e sui quali si è poi fondato l'impugnato provvedimento di autotutela.

11.1. Prima di passare all'esame di tali profili, va osservato che il provvedimento impugnato si fonda comunque su alcuni presupposti erronei, emersi all'esito del riesame disposto dal TAR. In effetti, come era agevolmente evincibile *ex actis* e come è stato poi confermato dal verbale della seduta del 30 novembre 2016 (versato in atti dal Consorzio ricorrente il 22 dicembre 2016) e dal successivo verbale redatto dalla commissione il 15 dicembre 2016, il dubbio circa alcune delle presunte carenze dell'offerta tecnica dell'a.t.i. Optimus sarebbe stato fugato dal contraddittorio personale fra i commissari di gara e i rappresentanti delle ditte associate.

Il discorso riguarda i seguenti aspetti:

- possibilità di stampa dei diagrammi della temperatura a prescindere dalla presenza del sistema di tracciabilità;
- presenza del codice a barre nelle termosaldatrici;
- possibilità di regolazione elettrica dei carrelli esterni.

Come si è già anticipato, dalla documentazione depositata dalla ricorrente e dall'amministrazione in data, rispettivamente, 22 e 23 dicembre 2016 emerge che, in realtà, l'offerta dell'a.t.i. Optimus era *in parte qua* conforme al capitolato tecnico e che i dubbi instillati dal reclamo dell'a.t.i. MMS sarebbero stati *ab origine* fugati se i rappresentanti

dell'aggiudicataria fossero stati sentiti personalmente dai commissari. A questo proposito sono irrilevanti le recriminazioni che la commissione ha esposto nel citato verbale del 15 dicembre 2016, perché il ritardo con cui i profili dubbi sono stati chiariti va ascritto al *modus operandi* posto in essere dalla stessa commissione e dalla stazione appaltante e non ad atteggiamenti reticenti dell'a.t.i. Optimus.

In realtà in molti casi l'effettiva possibilità di fornire chiarimenti è legata alla previa comprensione dei profili da chiarire e questa comprensione, a volte, è più agevole a seguito di colloqui personali piuttosto che di semplici scambi epistolari.

11.2. Tornando invece ad esaminare le altre questioni, la commissione ha ritenuto non fugati i dubbi relativi a:

- temperatura di scarico delle macchine lavastumenti;
- armadio *passbox* (con specifico riguardo alla necessità che il materiale offerto disponesse di ante vetrate);
- completezza degli elaborati progettuali.

11.3. Con riguardo a tali profili, si osserva quanto segue.

11.3.1. Temperatura di scarico delle macchine lavastumenti.

La presente gara non aveva ad oggetto la presentazione di un progetto esecutivo (sul punto si tornerà al successivo punto 11.3.3.), per cui è del tutto evidente che l'aggiudicatario non era onerato di indicare nel dettaglio tutti gli accorgimenti di natura tecnica necessari per la realizzazione a regola d'arte della centrale di sterilizzazione. Fra l'altro, come eccepito dal Consorzio ricorrente nella memoria del 3 febbraio 2017, sebbene fosse obbligatorio il sopralluogo tecnico preventivo, in quella sede non era possibile per i concorrenti verificare in maniera adeguata (ad esempio mediante video ispezioni degli scarichi) se le portate degli impianti risultanti dagli atti di gara corrispondevano a quelle reali o se sussistessero specifiche problematiche derivanti dallo stato delle strutture esistenti.

Se così è, ne consegue che l'offerta dell'a.t.i. Optimus era ammissibile e valutabile, in quanto il concorrente ha dichiarato espressamente che, a prescindere dalla soluzione tecnica che sarà in concreto adottata, la temperatura di scarico non sarà superiore a 50° C. Per eccesso di zelo, l'a.t.i. ha voluto indicare varie soluzioni alternative utili a conseguire tale risultato, ma ciò non era necessario in quanto in sede di esecuzione dei lavori sarebbe pur sempre possibile modificare la soluzione progettuale ipotizzata in sede di gara (senza che questo dia luogo a variazione essenziale dell'oggetto del contratto, trattandosi nella specie di variante che non altererebbe la sostanza e l'importo dell'appalto). Per cui l'a.t.i. Optimus avrebbe ben potuto indicare un'unica soluzione tecnica, il che avrebbe evitato l'insorgere del presente motivo di esclusione.

Va peraltro osservato che la necessità di specificare la soluzione tecnica necessaria per

garantire il rispetto del presente requisito discendeva unicamente dal fatto che il modello di apparecchiatura offerto dall'a.t.i. Optimus è programmato per *default* in modo da garantire una temperatura allo scarico di 55° C. Ma se tale macchinario, mediante accorgimenti di natura tecnica che non facciano venire meno le caratteristiche indispensabili per ottenere la marchiatura CE, può essere programmato in modo da garantire la temperatura di scarico indicata nel capitolato, l'offerta tecnica è pienamente ammissibile (si noti che anche l'apparecchiatura offerta dall'a.t.i. MMS dispone di un meccanismo di settaggio che consente di regolare la temperatura di scarico in base alle esigenze del committente - pag. 6 della relazione tecnica generale dell'a.t.i. MMS).

Si potrebbe, al limite, ragionare di una penalizzazione del punteggio, ma la commissione in sede di gara ha ritenuto di valutare positivamente *in parte qua* il progetto dell'a.t.i. Optimus e dunque sul punto non è necessario aggiungere altro.

11.3.2. Armadio *passbox* (proposto dall'a.t.i. Optimus in sostituzione della finestra passaferrì prevista nel capitolato).

E' certamente vero che il capitolato tecnico (vedasi in particolare la scheda allegata al capitolato relativa ai criteri di valutazione - codice ID 169 "CAR. GENERALI – Porta vetrata") prevedeva che l'anta vetrata fosse un requisito di minima che il materiale proposto dal singolo concorrente doveva possedere. Vi sono però due aspetti essenziali da considerare:

- per un verso, il fatto che nella specie erano consentite varianti progettuali;

- per altro verso, la circostanza che il capitolato tecnico, a proposito dell'altro requisito tecnico richiesto *ad substantiam* (ossia la temperatura di scarico delle macchine lavaferri non superiore a 50° C), esponeva chiaramente le ragioni di tale vincolo: in effetti, ai punti 2.1.6., ultimo periodo, 2.1.8., ultimo periodo, e 2.1.9., ultimo periodo, è detto espressamente che la necessità di garantire una temperatura allo scarico non superiore a 50° C discende dal fatto che gli scarichi esistenti non sono in grado di sopportare sollecitazioni termiche superiori. Nessuna specificazione era invece fornita con riguardo alla imprescindibile funzione che l'anta vetrata dovrebbe garantire.

Queste due circostanze hanno indotto l'a.t.i. Optimus a ritenere ammissibile una variante progettuale del tutto innovativa rispetto a quanto richiesto dal capitolato e notevolmente migliorativa dal punto di vista tecnico-prestazionale, anche se essa non contemplava la presenza di un'anta vetrata.

L'aspetto fondamentale è costituito però dal fatto che, in sede di gara, la commissione ha ritenuto ammissibile *in parte qua* l'offerta e tale giudizio non poteva essere sovvertito in sede di riesame, adducendo per di più un presupposto fattuale errato.

In effetti, dal verbale del 15 dicembre 2016 emerge che la commissione sarebbe stata tratta in inganno dal *rendering* fotografico allegato all'offerta dell'a.t.i. Optimus, dal quale risultava la presenza dell'anta vetrata. Tale giustificazione postuma non è però accettabile, sia in generale sia alla luce della *lex specialis* posta a base della presente gara.

Va infatti considerato che l'A.O. Marche Nord aveva ben dettagliato la tipologia di documenti che i concorrenti erano onerati di presentare per ciascuna delle prestazioni oggetto del contratto (vedasi l'allegato n. 3 al capitolato - Sinossi dei documenti del progetto-offerta – alla voce “Decontaminazione e lavaggio”) e fra questi non erano ovviamente indicati *rendering* o altri elaborati similari.

In generale, poi, in caso di discordanza fra quanto risulta da *dépliant* illustrativi e *rendering* fotografici e quanto dichiarato dal concorrente nell'offerta, prevale quest'ultimo dato (anche perché i *dépliant* servono solo a meglio illustrare il materiale offerto, le cui caratteristiche estetiche o tecnico-funzionali sono soggette a modifiche unilaterali da parte del produttore). In questo senso, con riguardo al caso di specie, la commissione avrebbe dovuto in primo luogo verificare quanto dichiarato dall'a.t.i. Optimus nella relazione generale di progetto e nel questionario analitico in formato Excel® alla voce 169 e solo dopo esaminare il *rendering* fotografico. L'a.t.i., oltre a descrivere nel dettaglio la soluzione prescelta (pag. 16 della relazione generale) ha correttamente e lealmente dichiarato nel questionario tecnico che l'armadio *passbox* offerto presenta ante cieche sul lato sterile, per cui nessun equivoco poteva insorgere sul punto, stante la funzione meramente accessoria del *rendering* fotografico.

11.3.3. Elaborati progettuali.

Con riguardo a questo profilo l'operato della commissione di gara è ancor più contraddittorio e immotivato. Va infatti osservato che:

- l'a.t.i. Optimus ha regolarmente prodotto la relazione generale tecnica di progetto, come richiesto dal capitolato e dal disciplinare. Nell'ambito di tale documento è stata minuziosamente descritta la centrale di produzione del vapore e sono state inserite due tavole riportanti lo schema degli impianti;

- in nessun punto del bando, del disciplinare o del capitolato erano espressamente indicati gli elaborati di cui all'art. 24 del DPR n. 207/2010 che i concorrenti avrebbero dovuto presentare in sede di gara ai fini della valutabilità dell'offerta tecnica (per inciso, nonostante quanto risulta dall'art. 1 del disciplinare di gara, nella specie l'appalto aveva ad oggetto la progettazione definitiva, come risulta dal capitolato tecnico e dalla nota di chiarimenti del RUP del 15 giugno 2016). Nella presente gara la specificazione degli elaborati da presentare sarebbe stata viepiù necessaria, visto che la componente lavori è minimale (avendo un importo di circa 106.000,00 € e consistendo unicamente in opere di adeguamento impiantistico), e che, dunque, la gran parte degli elaborati indicati dall'art. 24 del DPR n. 207/2010 era sicuramente superflua.

Al contrario, in sede di chiarimenti (vedasi il punto 3. della nota del RUP del 15/6/2016 - documento allegato n. 6 alla memoria di costituzione di MMS) la stazione appaltante aveva ribadito che i concorrenti avrebbero dovuto inserire “...la parte della progettazione definitiva all'interno della Relazione Tecnica Generale di Progetto...” e che gli stessi avrebbero potuto esprimersi “liberamente” nella descrizione del progetto ed allegare i soli elaborati tecnici ritenuti necessari per una migliore illustrazione delle soluzioni prospettate. Come si vede, nella specie era stata lasciata ai concorrenti la libertà di esporre in maniera “informale” il progetto

tecnico.

Ma del resto, se una prescrizione relativa agli elaborati tecnici da accludere obbligatoriamente all'offerta esistesse, sarebbe stato agevole per la commissione e per la stazione appaltante indicarla nella motivazione del provvedimento di autotutela. Ma sarebbe stato altrettanto agevole rilevare la violazione di tale (inesistente) norma in sede di valutazione delle offerte, il che non è invece accaduto;

- e poiché si deve presumere che i membri della commissione fossero esperti della materia, il fatto che il progetto dell'a.t.i. Optimus avesse ottenuto il miglior punteggio per l'offerta tecnica dimostra che i commissari avevano avuto la possibilità di apprezzare la validità delle soluzioni progettuali sulla base della documentazione disponibile.

Il *révirement* sul punto non è quindi assolutamente giustificato, né, comunque, debitamente motivato. A leggere il verbale del 15 dicembre 2016 emerge piuttosto la sensazione che la commissione abbia ritenuto eccessivo il punteggio assegnato all'a.t.i. Optimus alla luce del numero e della qualità degli elaborati progettuali allegati all'offerta (rispetto a quelli presentati da altri concorrenti ed in particolare dall'a.t.i. MMS). Ma tale valutazione non era più emendabile *ex post*, perché la stessa non risultava viziata da errori materiali (i soli che avrebbero giustificato una rivisitazione dei punteggi). Nelle gare d'appalto e nei concorsi pubblici, infatti, la commissione, una volta conclusa la propria attività valutativa, non può tornare sulle proprie decisioni (tanto più quando il procedimento è approdato ormai alla fase dell'aggiudicazione definitiva), perché ciò, oltre a dare luogo ad appesantimenti procedurali di portata imprevedibile, darebbe luogo ad un contenzioso nutritissimo e potrebbe far insorgere anche dubbi sulla genuinità del "ravvedimento". Diverso è il discorso per quanto riguarda i giudizi idoneativi adottati da organi collegiali nell'ambito di procedimenti non comparativi (ad esempio, il giudizio di non ammissione alla classe superiore adottato dal Consiglio di Classe), perché in questi casi non vengono in evidenza le posizioni di soggetti terzi e quindi la rivalutazione dei giudizi sfavorevoli è in generale ammissibile.

12. Ricapitolando:

- con riguardo ad una serie di rilievi su cui si fondava l'impugnato atto di autotutela, il successivo svolgimento del procedimento di riesame ha dimostrato che gli stessi erano errati in punto di fatto;

- con riguardo al profilo della carenza documentale, la commissione ha enucleato *ex post* una causa di esclusione non prevista dal bando (e in sé non sufficientemente puntuale) ed ha comunque contraddetto il proprio precedente giudizio valutativo;

- con riguardo, infine, agli altri profili, la commissione ha illegittimamente contraddetto le proprie precedenti valutazioni di merito, introducendo oltretutto in sede di riesame motivi di esclusione non evidenziati in precedenza.

Tutto ciò conduce il Collegio a ritenere illegittima la determinazione del D.G. dell'A.O. Marche Nord n. 682 del 20 settembre 2016 e gli atti presupposti alla stessa.

13. In accoglimento della domanda impugnatoria, i provvedimenti impugnati vanno dunque annullati, con conseguente reviviscenza dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore dell'a.t.i. Optimus.

Da ciò discende la reintegrazione in forma specifica dell'interesse azionato in giudizio (fatta salva, ovviamente, la verifica circa il possesso da parte delle imprese associate nell'a.t.i. dei requisiti necessari per la stipula del contratto) e l'assorbimento della domanda di risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'A.O. Marche Nord, mentre vanno compensate nei riguardi della controinteressata MMS.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- li accoglie, nei sensi e nei termini di cui in motivazione;
- condanna l'A.O. Riuniti Marche Nord al pagamento in favore del Consorzio ricorrente delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in € 4.000,00, oltre ad accessori di legge. Spese compensate nei riguardi della controinteressata MMS.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore